

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



#### EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

#### EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

#### MANAGING EDITOR

Carlo Bray

#### EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro,

Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali,

Stefano Zirulia

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio,  
Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile,  
Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli,  
Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo,  
Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali,  
Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo,  
Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli,  
Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie,  
Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini,  
Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista,  
Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari,  
Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,  
Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso,  
Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez,  
Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino,  
Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo,  
Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies,  
Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri,  
Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico,  
Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo,  
Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot,  
Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino,  
Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano,  
Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri,  
Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella,  
Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio  
Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath,  
Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2020 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

TRA PRINCIPI, TEORIA DEL DIRITTO PENALE E POLITICA-CRIMINALE	<b>Perché il codice penale</b>	1
	<b>Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione</b>	
	<i>Why the Criminal Code</i>	
PRINCIPIOS, TEORÍA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL	<i>The Reforms of the Code Beyond the Mere Consolidation Projects</i>	
	<i>¿Por qué el Código Penal?</i>	
	<i>Las reformas del Código más allá de los proyectos de pura consolidación</i>	
PRINCIPLES, THEORY OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL POLICY	Massimo Donini	
	<b>Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. (Parte III)</b>	22
	<i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i>	
	<i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i>	
	Alessandro Tesaro	
	<b>Non punibilità e indirizzo politico-criminale</b>	68
	<i>No punibilidad e dirección político criminal</i>	
	<i>Non-Punishability and Criminal Policy</i>	
	Paolo Caroli	
	<b>Anatomia del <i>ne bis in idem</i>: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole</b>	98
	<i>Anatomía del ne bis in idem: de principio unitario a principio neutro transformar de principios en regla</i>	
	<i>Anatomy of ne bis in idem:: from Unitary Principle to Neutral Converter of Principles into Rules</i>	
	Ludovico Bin	

<p>TEMI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE LA PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIFIC OFFENCES TOPICS</p>	<p><b>Non c'è smuggling senza ingiusto profitto</b> 143  <i>No hay smuggling sin beneficio injusto</i>  <i>There is No Smuggling Without Unjust Profit</i>                      Stefano Zirulia</p>
<p><b>Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l' 'evergreen' art. 316-ter c.p.</b> 178  <i>La implementación de la directiva PIF en Italia y el "evergreen" art. 316-ter del Código Penal</i>  <i>The PIF directive implementation in Italy and the 'evergreen' article 316-ter of the Italian Criminal Code</i>                      Enrico Basile</p>	
<p><b>La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información como bien jurídico protegido en los delitos contra los sistemas de información en el código penal español</b> 199  <i>Riservatezza, integrità e disponibilità dei sistemi informatici come bene giuridico protetto dai reati informatici nel codice penale spagnolo</i>  <i>Confidentiality, Integrity and Availability of IT Systems as the Interest Protected by the Cyber-Crimes in the Spanish Criminal Code</i>                      Dra. M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín</p>	
<p><b>The Market for Gossip: Punish Paparazzi and You Will Produce Inefficiency</b> 217  <i>El mercado de chismes: castiga a los paparazzi y producirás ineficiencia</i>  <i>Il mercato del gossip: punisci i paparazzi e produrrà inefficienza</i>                      Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Giovanni Tuzet</p>	
<p><b>Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive</b> 237  <i>Problemas viejos y nuevos de las falsas declaraciones sustitutivas</i>  <i>Old and New Problems on False Statements Rendered by Private Parties in Lieu of</i>                      Fabio Antonio Siena</p>	

<p>L'OGGETTO SU ... IL DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>EL OBJETIVO SOBRE ... EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>FOCUS ON ... TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?</b> 256</p> <p><i>La no punibilidad en el prisma del derecho penal tributario: ¿congruencia o laxitud del sistema?</i></p> <p><i>Non-Punishment in the Prism of Tax Crimes: Consistency or Laxity of the System?</i></p> <p>Stefano Cavallini</p> <hr/> <p><b>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema</b> 275</p> <p><i>Delitos fiscales y responsabilidad corporativa: una reforma (aunque no del) en el sistema (aunque no de)</i></p> <p><i>Tax Offences and Corporate Liability: a Reform in the (Albeit Not of) System</i></p> <p>Daniele Piva</p> <hr/> <p><b>Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019</b> 290</p> <p><i>Los comisos y los secuestros en materia de delitos fiscales después del Derecho Fiscal n. 124 de 2019</i></p> <p><i>Confiscation and seizure for tax crimes after the Italian "Tax Decree" no. 124 of 2019</i></p> <p>Gianluca Varraso</p> <hr/> <p><b>Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente</b> 322</p> <p><i>Reflexiones sobre la cuantificación del beneficio ilícito y la naturaleza jurídica del decomiso directo y por equivalente</i></p> <p><i>Reflections on the quantification of proceeds and on the legal nature of direct confiscation and confiscation of substitute assets</i></p> <p>Stefano Finocchiaro</p>
--	---

<p>LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>Introduzione al convegno su <i>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</i></b></p> <p><i>Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p>Luca Masera</p> <hr/> <p><b>La libertà personale nella Costituzione</b></p> <p><i>La libertad personal en la Constitución</i></p> <p><i>Personal Freedom in the Italian Constitution</i></p> <p>Antonio D'Andrea</p> <hr/> <p><b>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</b></p> <p><b>Misure di prevenzione</b></p> <p><i>La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Medidas de prevención</i></p> <p><i>The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p><i>Preventive Measures</i></p> <p>Marco Pelissero</p> <hr/> <p><b>Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria</b></p> <p><i>Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría</i></p> <p><i>Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry</i></p> <p>Giandomenico Dodaro</p> <hr/> <p><b>La libertà è ancora terapeutica? <i>Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale</i></b></p> <p><i>¿Es la libertad terapéutica? Derecho deber a la salud mental</i></p> <p><i>Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health</i></p> <p>Giovanni Rossi</p> <hr/> <p><b>La libertà personale del richiedente protezione internazionale</b></p> <p><i>Libertad personal de los solicitantes de protección internacional</i></p> <p><i>Personal Freedom of the International Protection Seeker</i></p> <p>Antonio Cantaro e Federico Losurdo</p> <hr/> <p><b>Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?</b></p> <p><i>De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?</i></p> <p><i>From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?</i></p> <p>Francesca Cancellaro</p>	<p>362</p> <p>365</p> <p>374</p> <p>388</p> <p>401</p> <p>417</p> <p>428</p>
--	--	--

DONNE E DIRITTO PENALE	<b>Donne autrici di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio di fronte ai tribunali internazionali</b>	445
<i>MUJERES Y DERECHO PENAL</i>	<i>Mujeres autoras de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio ante tribunales internacionales</i>	
<i>WOMEN AND CRIMINAL LAW</i>	<i>Women as Perpetrators of War Crimes, Crimes Against Humanity and Genocide Before the International Courts</i>	
	Gabriella Citroni	
	<b>Violenza contro le donne e bulimia repressiva</b>	461
	<i>Violencia contra las mujeres y bulimia represiva</i>	
	<i>Violence Against Women and Repressive Bulimia</i>	
	Tiziana Vitarelli	

## TEMI DI PARTE SPECIALE

### TEMAS DE LA PARTE ESPECIAL

### SPECIFIC OFFENCES TOPICS

- 143 **Non c'è smuggling senza ingiusto profitto**  
*No hay smuggling sin beneficio injusto*  
*There is No Smuggling Without Unjust Profit*  
Stefano Zirulia
- 178 **Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l' 'evergreen' art. 316-ter c.p.**  
*La implementación de la directiva PIF en Italia y el "evergreen" art. 316-ter del Código Penal*  
*The PIF directive implementation in Italy and the 'evergreen' article 316-ter of the Italian Criminal Code*  
Enrico Basile
- 199 **La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información como bien jurídico protegido en los delitos contra los sistemas de información en el código penal español**  
*Riservatezza, integrità e disponibilità dei sistemi informatici come bene giuridico protetto dai reati informatici nel codice penale spagnolo*  
*Confidentiality, Integrity and Availability of IT Systems as the Interest Protected by the Cyber-Crimes in the Spanish Criminal Code*  
Dra. M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín
- 217 **The Market for Gossip: Punish Paparazzi and You Will Produce Inefficiency**  
*El mercado de chismes: castiga a los paparazzi y producirás ineficiencia*  
*Il mercato del gossip: punisci i paparazzi e produrrà inefficienza*  
Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Giovanni Tuzet
- 237 **Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive**  
*Problemas viejos y nuevos de las falsas declaraciones sustitutivas*  
*Old and New Problems on False Statements Rendered by Private Parties in Lieu of*  
Fabio Antonio Siena

# Non c'è *smuggling* senza ingiusto profitto

Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

## *No hay smuggling sin beneficio injusto*

*Cuestiones de ilegitimidad de la normativa penal italiana y europea en materia de favorecimiento de la inmigración irregular*

## *There is No Smuggling Without Unjust Profit*

*Challenging the Legitimacy of the Italian and European Rules on Facilitating Irregular Migration*

STEFANO ZIRULIA\*

Ricercatore (RTD-B) di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano  
stefano.zirulia@unimi.it

IMMIGRAZIONE

IMIGRACIÓN

IMMIGRATION

### ABSTRACTS

Il presente contributo affronta la nota questione della c.d. “criminalizzazione della solidarietà” nei confronti di migranti irregolari e richiedenti asilo in una duplice prospettiva: da un lato ricostruisce la dimensione prasseologica del problema, esaminando la casistica più recente e soffermandosi sulle questioni esegetiche, spesso a cavallo tra discipline appartenenti a rami diversi dell'ordinamento, con le quali gli interpreti sono oggi chiamati a confrontarsi; dall'altro lato mette in luce una serie di vizi di illegittimità che, ad avviso dell'autore, affliggono tanto la disciplina europea in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, quanto le norme incriminatrici che ne costituiscono attuazione sul piano nazionale, in primis l'articolo 12 del testo unico immigrazione.

El presente trabajo aborda la cuestión de la denominada “criminalización de la solidaridad” en relación a los migrantes irregulares y solicitantes de asilo, desde una doble perspectiva: por un lado, se reconstruye la dimensión praxológica del problema, examinando la reciente jurisprudencia y deteniéndose sobre las cuestiones exegeticas con las cuales los intérpretes están hoy llamados a confrontarse; por el otro lado, se exponen una serie de vicios de ilegitimidad que, en opinión del autor, afectan tanto la regulación europea en materia de lucha al favorecimiento de la inmigración irregular, como a las normas incriminatorias a nivel nacional, sobre todo al artículo 12 del texto único italiano sobre inmigración.

The paper focuses on the well-known issue of the so-called “criminalization of solidarity” with migrants and asylum seekers from a twofold perspective: on the one hand, it describes the practical dimension of the subject matter, examining the most recent cases and the legal problems thereof, often cross-cutting disciplines belonging to different branches of the legal system; on the other hand, it highlights a number of issues of legitimacy which, in the author's opinion, affect both the European rules on facilitating irregular migration and the national criminal provisions implementing them, starting from article 12 of the Italian consolidated law on immigration.

\*Durante la stesura del presente lavoro ho potuto beneficiare di stimolanti confronti e scambi di idee con i professori Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano), Luca Masera (Università di Brescia), Valsamis Mitsilegas (Queen University of London) e Claes Lernerstedt (University of Stockholm). A tutti loro rivolgo la mia sincera riconoscenza.

## SOMMARIO

1. Dalla criminalizzazione del favoreggiamento degli ingressi irregolari al “*délit de solidarité*”: inquadramento del problema. – 2. Tesi di fondo e struttura del lavoro. – 3. La dimensione prasseologica della “criminalizzazione della solidarietà” in Italia ed in Europa. – 3.1. La criminalizzazione dei soccorsi in mare: la casistica italiana sulle attività di *search and rescue* delle organizzazioni non governative. – 3.1.1. Il nodo della tipicità. – 3.1.2. Il nodo dell’antigiuridicità, tra adempimento del dovere e stato di necessità. – 3.2. La criminalizzazione della solidarietà tra familiari: il caso Riace (Domenico Lucano). – 3.3. La criminalizzazione della solidarietà via terra: la casistica francese sui c.d. movimenti secondari. – 3.4. Conclusioni e linee di prosecuzione dell’indagine. – 4. L’illegittimità costituzionale dell’art. 12 t.u. imm. in ragione della sproporzione delle pene edittali. – 4.1. L’irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra autore del favoreggiamento e straniero favorito. – 4.2. La sproporzione “intrinseca” della cornice edittale nella prospettiva della finalità rieducativa della pena. – 5. L’illegittimità costituzionale della “scriminante umanitaria”: l’irragionevole esclusione delle condotte di favoreggiamento di *ingressi* irregolari. – 6. L’illegittimità delle scelte di criminalizzazione sottese all’art. 12 t.u. imm. ed al *Facilitators Package*: la dottrina del *chilling effect*. – 7. Un problema di c.d. “doppia pregiudizialità”. – 8. Conclusioni.

## 1.

## Dalla criminalizzazione del favoreggiamento degli ingressi irregolari al “*délit de solidarité*”: inquadramento del problema.

La repressione del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare attraverso il diritto penale rappresenta una costante nel panorama delle politiche europee finalizzate alla protezione delle frontiere<sup>1</sup>. Negli anni ’90, al fine di controbilanciare la libera circolazione delle persone all’interno dello spazio comunitario con un irrigidimento dei controlli alle frontiere esterne, la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen<sup>2</sup> impegnava gli Stati membri “a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all’ingresso ed al soggiorno degli stranieri”<sup>3</sup>. Dieci anni dopo, sul fronte internazionale, il c.d. Protocollo di Palermo per combattere il traffico di migranti<sup>4</sup> introduceva a carico degli Stati firmatari, tra cui gli Stati membri dell’UE e la stessa Unione, un vero e proprio obbligo di incriminazione del “traffico di migranti” (*smuggling of migrants*), a sua volta definito come “il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l’ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente”<sup>5</sup>.

Nel 2002, in un contesto mondiale ancora sotto shock per gli attentati dell’11 settembre, l’Unione europea rafforzava il proprio apparato di protezione delle frontiere esterne attraverso la contestuale adozione della direttiva 2002/90/CE<sup>6</sup> e della decisione quadro 2002/946/GAI<sup>7</sup>, entrambe tuttora in vigore e spesso congiuntamente richiamate con l’etichetta “*Facilitators package*”<sup>8</sup>. Si tratta di strumenti tra loro complementari: la direttiva definisce l’area dell’illiceità, dettando la nozione di favoreggiamento dell’ingresso e della permanenza irregolare, ed imponendo agli Stati membri di prevedere sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”

<sup>1</sup> La letteratura sull’utilizzo di strumenti penalistici (e para-penalistici) per finalità di contrasto all’immigrazione irregolare nello spazio europeo è ormai molto vasta. Per uno sguardo d’insieme v. GUILD, MINDERHOUD (2006); DONINI (2009), MILITELLO, SPENA (2015a), MITSILEGAS (2015), MITSILEGAS (2020), CARRERA *et al.* (2019), GATTA (2020). In prospettiva criminologica, v. MELOSSI (2015), MELOSSI (2020), SBRACCIA (2020).

<sup>2</sup> Convenzione di applicazione dell’Accordo firmato a Schengen il 14 giugno 1985, sottoscritta a Schengen il 19 giugno 1990, ratificata dall’Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388 ed entrata in vigore nel 1995.

<sup>3</sup> Art. 27. Su questo strumento, successivamente sostituito dal c.d. *Facilitators package* (sul quale v. ampiamente *infra*, nel testo), v. GALLAGHER, DAVID (2014), pp. 87-88.

<sup>4</sup> Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, sottoscritto nel corso della Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004 e ratificato dall’Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146. Per un’analisi dettagliata del Protocollo, v. GALLAGHER, DAVID (2014), pp. 356-392; con specifico riguardo all’obbligo di incriminazione del traffico di migranti, v. SPENA (2019b), pp. 147-150.

<sup>5</sup> Art. 3, lett. (a). Si tratta della traduzione non ufficiale allegata alla legge n. 146 del 2006, che come già ricordato ha ratificato il Protocollo in Italia. L’obbligo di incriminazione è racchiuso nel successivo art. 6: “Ogni Stato Parte adotta misure legislative e di altro tipo necessarie per conferire il carattere di reato ai sensi del suo diritto interno, quando l’atto è commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale: a) al traffico di migranti; (...).”

<sup>6</sup> Direttiva 2002/90/EC, del 28 novembre 2002, “Volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali”.

<sup>7</sup> Decisione quadro 2002/946/GAI, del 28 novembre 2002, “Relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali”.

<sup>8</sup> Per un inquadramento v. GALLAGHER, DAVID (2014), pp. 392-398; MITSILEGAS (2019), pp. 77-78; SPENA (2019b), pp. 144-147.

nei confronti dei trasgressori<sup>9</sup>; la decisione quadro, dal canto suo, stabilisce che le sanzioni previste dalla direttiva debbano avere natura necessariamente *penale*<sup>10</sup>, completandone dunque il dettato con un vero e proprio obbligo di incriminazione<sup>11</sup>. Rispetto ai precitati strumenti sovranazionali, il *Facilitators Package* presenta una peculiarità solo apparentemente marginale: la finalità di conseguire un profitto dall'attività illecita conserva rilevanza ai soli fini della nozione di favoreggiamento della *permanenza* irregolare, mentre scompare dagli elementi costitutivi del favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, venendo in tali ipotesi declassata a mera circostanza aggravante<sup>12</sup>.

Come diversi studi hanno puntualmente osservato<sup>13</sup>, il “pacchetto” finisce così per obbligare gli Stati membri a dotarsi di norme incriminatrici suscettibili di attrarre nel proprio ambito di applicazione non solo le attività dei veri e propri trafficanti di migranti e richiedenti asilo, cioè di coloro che agiscono mossi da finalità di ingiusto arricchimento; bensì anche le condotte di coloro che, per ragioni altruistiche, umanitarie o in virtù di legami famigliari, pongono in essere attività di soccorso o assistenza a favore di stranieri *sans papiers*, ogniqualvolta l'aiuto prestato si concretizzi nel condurli sul territorio europeo o comunque nell'agevolarne l'ingresso. Le stesse voci critiche hanno altresì osservato come la previsione, da parte della direttiva 2002/90/CE, della facoltà per gli Stati membri di ritagliare specifiche cause di esclusione della punibilità per le condotte di “assistenza umanitaria” (art. 1, par. 2)<sup>14</sup>, non sia sufficiente a prevenire ogni rischio di sovra-criminalizzazione, trattandosi per l'appunto di una mera facoltà concessa ai legislatori nazionali e per di più essendo la disposizione formulata in maniera talmente vaga da concedere loro un eccessivo margine di discrezionalità nella perimetrazione delle condotte lecite.

Tali timori si sono rivelati, nel corso degli anni, tutt'altro che infondati. Non solo perché pochi Stati membri (otto) si sono dotati di esimenti umanitarie, ed in ogni caso l'hanno fatto introducendo disposizioni assai diverse tra loro, foriere di diffusa incertezza in merito ai confini dell'agire lecito nello svolgimento di attività a favore di stranieri *sans papiers*<sup>15</sup>. Ma soprattutto perché le più recenti prassi giudiziarie (e ancora prima quelle di polizia) hanno inequivocabilmente dimostrato come, proprio attraverso l'applicazione delle norme penali nazionali attuative del *Facilitators package*, la repressione di attività umanitarie sia entrata a pieno titolo tra gli strumenti di protezione dei confini europei<sup>16</sup>. Invero, calate nelle attuali contingenze storiche<sup>17</sup>, le fattispecie penali di “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare” vigenti negli Stati membri hanno spesso offerto una veste giuridica all'idea secondo cui dietro a certe condotte solidali si celino in realtà comportamenti tendenti ad eludere le regole sull'immigrazione, attraverso la surrettizia creazione di corridoi di ingresso irregolare; ed hanno così consentito di giustificare la repressione di attività lecite, o financo doverose, attraverso

<sup>9</sup> Nel dettaglio, la Direttiva impone ai legislatori nazionali di sanzionare chiunque intenzionalmente favorisca l'*ingresso* di stranieri nel territorio di uno Stato membro in violazione della relativa disciplina sull'immigrazione (art. 1 par. 1, lett. a). Parimenti, gli Stati sono chiamati a sanzionare chiunque intenzionalmente favorisca la *permanenza* irregolare di stranieri sul territorio, quando abbia agito “a scopo di lucro” (art. 1, par. 1 lett. b). L'art. 2 estende i menzionati obblighi sanzionatori anche alle ipotesi di concorso e tentativo.

<sup>10</sup> Art. 1, par. 1: “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva 2002/90/CE siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione”.

<sup>11</sup> Questa tecnica normativa (c.d. *double text* o *cross-reference*) era utilizzata quando, in epoca precedente alla sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* del 2005, ancora si riteneva che soltanto gli strumenti di terzo pilastro (come le decisioni quadro) potessero prevedere obblighi di incriminazione. In tale contesto, si procedeva a definire i comportamenti illeciti con direttiva (dotata della maggiore forza cogente caratteristica degli strumenti di primo pilastro), aggiungendo poi l'obbligo di prevedere sanzioni di natura *penale* attraverso, appunto, una decisione quadro.

<sup>12</sup> Ai sensi dell'art. 1, par. 3 della decisione quadro le condotte sorrette da scopo di lucro, quando realizzate nell'ambito di un'organizzazione criminale o mettendo in pericolo la vita dei migranti, devono essere sanzionate con pene detentive di durata non inferiore nel massimo a otto anni di reclusione.

<sup>13</sup> Cfr., *ex multis*, BASARAN (2014), p. 382; LANDRY (2016), p. 10; CARRERA *et al.* (2016), p. 32; CARRERA *et al.* (2018), pp. 28 ss.; ESCOBAR VEAS (2018), pp. 116-119; MITSILEGAS (2019), pp. 77 ss.; SPENA (2019b), pp. 145-147.

<sup>14</sup> Art. 1, par. 2: “Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata”.

<sup>15</sup> Per un quadro sintetico, v. la Comunicazione della Commissione UE del 23 settembre 2020, C(2020) 6470, “*Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence*”, pp. 5-6; nonché, volendo, ZIRULIA (2020a), pp. 240-241. Sulla formulazione di alcune delle clausole umanitarie adottate dagli Stati membri si tornerà anche *infra*, par. n. 5.

<sup>16</sup> Sull'utilizzo distorto degli strumenti anti-*smuggling* per finalità di contenimento dei flussi migratori, v. MITSILEGAS (2020), MINETTI (2020). Tra le più recenti panoramiche sulla sistematica repressione delle condotte umanitarie a favore di migranti e richiedenti asilo, v. CARRERA *et al.* (2018), pp. 59 ss.; VOSYLIŪTĖ, CONTE (2019); CARRERA *et al.* (2019).

<sup>17</sup> Sulla dipendenza dei livelli effettivi di repressione dalla «domanda sociale di maggiore o minore penalità», a sua volta storicamente condizionata, v. PAVARINI (2006), p. 1031 ss.

il richiamo alla necessità di contrastare il “traffico di migranti e di esseri umani”. La casistica sui soccorsi in mare, più nota di altre in quanto oggetto di particolare attenzione mediatica, rappresenta soltanto una delle più eclatanti manifestazioni di un fenomeno – spesso evocato con la suggestiva espressione “*délit de solidarité*”<sup>18</sup> – che, come vedremo, interessa a ben vedere un più ampio ventaglio di attività, prestate a cavallo di tutte le frontiere dell’Unione europea (esterne ed interne; marittime, terrestri ed aeree).

## 2.

### Tesi di fondo e struttura del lavoro.

Le già ricordate critiche indirizzate da più voci al *Facilitators package* sono state accompagnate, *de jure condendo*, da puntuali proposte di riformulazione degli obblighi di incriminazione in esso racchiusi, nella prospettiva di circoscriverli alle sole autentiche ipotesi di *smuggling of migrants*<sup>19</sup>. Ad oggi, tuttavia, il dibattito in seno ai Governi degli Stati membri ed alle stesse istituzioni europee non lascia presagire, al di là delle generiche dichiarazioni di intenti, l’esistenza di una concreta volontà politica di imboccare la strada delle riforme auspiccate<sup>20</sup>.

Assai minore attenzione, peraltro, è stata finora dedicata alla disamina dei possibili profili di *illegittimità* delle norme del “pacchetto” e di quelle che vi hanno dato attuazione negli Stati membri, al metro dei parametri sovra-legali, racchiusi nelle Costituzioni e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE, che vincolano il legislatore europeo e quelli nazionali. L’assenza di approfondimenti teorici su questi aspetti si riflette, del resto, sulla pressoché totale mancanza di *litigation* in materia, fatta eccezione per il recente (e tutto sommato timido) intervento della Corte Costituzionale francese, che come vedremo ha parzialmente ridisegnato i confini dell’esimente umanitaria d’oltralpe.

Scopo del presente contributo è dimostrare che – a dispetto della scarsa rilevanza finora assunta dalla questione nel panorama della letteratura giuridica e delle aule giudiziarie europee – la disciplina penale del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare risulta nel suo complesso affetta da vizi di illegittimità suscettibili di essere sanzionati da parte delle competenti giurisdizioni superiori. L’attenzione verrà concentrata, anzitutto, sui profili di *incostituzionalità* dell’art. 12 del testo unico immigrazione, ossia della disposizione che, nel nostro ordinamento, dà fedelmente attuazione agli obblighi di incriminazione dettati dal *Facilitators package*, elevando a reato gli “atti diretti a procurare illegalmente l’ingresso” di stranieri nel territorio italiano o di altro Stato, e prevedendo il dolo specifico di profitto (o di sfruttamento) soltanto come circostanza aggravante<sup>21</sup> (v. *infra*, par. nn. 4 e 5). In secondo luogo, volgendo lo sguardo a monte, si metteranno in luce i profili di contrasto tra lo stesso *Facilitators package* (e dunque anche le norme nazionali attuative dello stesso) e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE, esplorando la possibilità di portarli all’attenzione della Corte di Giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, senza trascurare la questione della “doppia pregiudiziali-

<sup>18</sup> L’espressione, oggi ampiamente utilizzata a tutti i livelli (accademico, politico, società civile) compare già in un rapporto pubblicato nel 2009 dall’*Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l’Homme* intitolato “*Délit de solidarité: Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*” ([www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf), accesso 15 settembre 2020).

<sup>19</sup> Si insiste, in particolare, sulla necessità di introdurre le finalità di ingiusto profitto, o comunque di sfruttamento della condizione di debolezza dei migranti, tra gli elementi dell’illecito, nonché sulla previsione dell’obbligo (anziché della mera facoltà) di prevedere una clausola di esclusione della punibilità per le condotte umanitarie. Cfr., con sfumature diverse, BASARAN (2014), p. 386-387; LANDRY (2016), p. 19-23; CARRERA *et al.* (2018), pp. 109-112; ESCOBAR VEAS (2018), p. 120; MITSILEGAS (2019), p. 85; SPENA (2019b), pp. 163.

<sup>20</sup> In questo senso v. SPENA (2019b), p. 163; scettico rispetto alla percorribilità della strada delle riforme anche MASERA (2019), p. 36. Sul punto si tornerà anche nelle conclusioni del presente lavoro.

<sup>21</sup> L’art. 12, comma 1 t.u. imm. recita: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona”. Il comma 2 contiene la versione italiana dell’esimente umanitaria: “Fermo restando quanto previsto dall’articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”. Il comma 3 contiene una serie di ipotesi aggravate, relative al numero di persone coinvolte (autori o migranti), all’esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l’incolumità, alla sottoposizione degli stessi a trattamenti inumani e degradanti, all’utilizzo di documenti contraffatti o di vettori internazionali o ancora al possesso di armi o esplosivi. Giova segnalare sin d’ora che a favore della (problematica) qualificazione di tali ipotesi in termini di mere circostanze aggravanti si sono recentemente espresse le Sezioni Unite: Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 484, con nota (parzialmente critica) di BASILE (2019). Il comma 3-ter prevede due ulteriori aggravanti ad effetto speciale basate sul dolo specifico, rispettivamente, di sfruttamento e di profitto, anche indiretto. I commi 5 e 5-bis contemplano, rispettivamente, l’ipotesi di favoreggiamento della permanenza irregolare e di dazione di alloggio o cessione di immobile, entrambe costruite come reati a dolo specifico di ingiusto profitto.

tà” innescata dal simultaneo contrasto dell’art. 12 t.u. imm. con la Costituzione e la Carta UE (par. nn. 6 e 7). Prima di addentrarsi in questa disamina in punto di diritto, conviene peraltro soffermare l’attenzione sulla dimensione pratica che, ad oggi, ha assunto in Europa il problema della c.d. criminalizzazione della solidarietà nei confronti di migranti e richiedenti asilo. A questo scopo sono dedicate le osservazioni del prossimo paragrafo.

### 3. La dimensione prasseologica della “criminalizzazione della solidarietà” in Italia ed in Europa.

Il problema della “criminalizzazione della solidarietà” ha acquistato negli ultimi anni attenzione crescente tra le voci della politica, dell’accademia e della società civile che si sono mostrate maggiormente critiche nei confronti del tentativo, da parte di Governi e uffici giudiziari, di porre un freno all’immigrazione irregolare (anche) ostacolando comportamenti ed iniziative a sfondo – appunto – solidaristico nei confronti di migranti e richiedenti asilo. Sebbene il problema presenti molteplici sfaccettature, che vanno al di là dei procedimenti penali per favoreggiamento di ingressi irregolari<sup>22</sup>, è su questi ultimi che si concentrerà l’attenzione nel prosieguo, in linea con l’ambito dell’indagine del presente lavoro.

La trattazione avrà ad oggetto, principalmente, la casistica italiana, nella prospettiva di illustrare i profili applicativi della norma incriminatrice che dà attuazione al *Facilitators package* nel nostro ordinamento (il già richiamato art. 12 t.u. imm.). Lo sguardo verrà altresì rivolto all’ordinamento francese, dove la normativa nazionale, pure fedelmente attuativa del “pacchetto”, ha di recente subito un ridimensionamento per mano del *Conseil Constitutionnel*.

#### 3.1. La criminalizzazione dei soccorsi in mare: la casistica italiana sulle attività di search and rescue delle organizzazioni non governative.

La casistica sui soccorsi in mare operati a favore dei c.d. “boat migrants”<sup>23</sup> da organizzazioni non governative (quali *Medici senza frontiere*, *Save the Children*, *Jugend Rettet*, *Proactiva Open Arms*, *Sea Watch*, *Sea Eye*), o da altre realtà promananti dalla società civile (come l’associazione italiana *Mediterranea Saving Humans* e la missione umanitaria finanziata dall’artista Banksy), è certamente quella che finora, almeno in Italia, ha suscitato maggiore attenzione e generato le più accese discussioni. In effetti, i nodi problematici che circondano questi casi rappresentano, per così dire, la quintessenza del conflitto tra ragioni di Stato e ragioni di umanità che attraversa la materia in esame<sup>24</sup>: su un fronte si stagliano i pericoli per la vita connessi all’attraversamento del Mediterraneo a bordo di imbarcazioni di fortuna, nonché l’antico dovere di soccorrere e condurre in salvo sulla terraferma chiunque si trovi in balia dei flutti<sup>25</sup>; sul fronte opposto si profila l’intramontabile spettro dell’invasione dal Nordafrica (particolarmente temuta, per ragioni geografiche, nel nostro Paese), arricchito dalla narrazione (smentita dai

<sup>22</sup> Specialmente nella letteratura straniera, il concetto di “criminalizzazione” viene spesso utilizzato, insieme a quello di “policing”, per richiamare un coacervo eterogeneo di misure penali, para-penali ed amministrative utilizzate per reprimere la solidarietà nei confronti degli stranieri, nonché le narrazioni, spesso distorte, che vi fanno da sottofondo. In questo senso v. ad esempio CARRERA *et al.* (2019), p. 5.

<sup>23</sup> Per un inquadramento del fenomeno dell’immigrazione irregolare via mare, v. TREVISANUT (2012), pp. 1 ss.; SCOVAZZI *et al.* (2016).

<sup>24</sup> Per una originale lettura di queste vicende in termini di conflitto tra approccio “stato-centrico” e approccio “cosmopolita”, v. DE SENA, STARITA (2019).

<sup>25</sup> L’obbligo di soccorso in mare costituisce una norma consuetudinaria, oggi codificata in diverse Convenzioni di diritto internazionale, dalle quali discende altresì l’obbligo per gli Stati costieri di cooperare affinché le persone tratte in salvo siano sbarcate il prima possibile presso un porto sicuro. Per una trattazione esaustiva di queste tematiche si vedano DE VITTOR, STARITA (2019); TURRINI (2019); PAPANICOLOPULU (2018), pp. 159-208; PAPANICOLOPULU (2019); nonché, nella specifica prospettiva dei soccorsi a favore dei migranti lungo le rotte del Mediterraneo, le Raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa, *Vite Salvate. Diritti Protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo*, giugno 2019. Le principali fonti pattizie, richiamate dai citati contributi e dalla casistica che ci si accinge ad illustrare, sono l’art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritto del mare, c.d. UNCLOS, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall’Italia dalla legge n. 689 del 1994; il capitolo V, Regolamento 33 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, c.d. SOLAS-Safety of Life at Sea, stipulata a Londra nel 1974 e ratificata dall’Italia con legge n. 313 del 1980; il capitolo 1.3.2 dell’Allegato alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, c.d. SAR, stipulata ad Amburgo del 1979 e resa esecutiva dall’Italia con la legge n. 147 del 1989, nonché con il D.P.R. n. 662 del 1994.

dati<sup>26</sup>, oltre che dalla logica<sup>27</sup>, ma comunque difficile da estirpare) secondo cui la presenza di natanti pronti a prestare soccorso finisce per incoraggiare le partenze dei migranti, con conseguente necessità di “chiudere i porti”<sup>28</sup> e perseguire (anche) penalmente chiunque si faccia promotore di abusivi canali di immigrazione irregolare.

Ad incrementare la complessità delle questioni che ci si accinge ad illustrare vi è, come vedremo, la cornice di diritto internazionale nella quale si inseriscono, afflitta da vecchi e nuovi nodi da sciogliere – *in primis* la determinazione del *place of safety* dove sbarcare i naufraghi – a cavallo tra l’esegesi di norme pattizie (e relative linee guida), da un lato, e valutazioni di ordine prettamente politico, dall’altro lato.

Premesso che, al momento in cui si scrive, non vi sono ancora stati rinvii a giudizio, una serie di decisioni intervenute in fase di indagini consentono di tracciare un quadro provvisorio degli orientamenti giurisprudenziali in materia.

### 3.1.1. *Il nodo della tipicità.*

Finora, a fronte di condotte consistite nel salvataggio di stranieri irregolari durante naufragi, o comunque nel loro recupero da imbarcazioni precarie e sovraccariche, e nella loro successiva conduzione presso un porto sicuro situato lungo le coste italiane, la giurisprudenza ha sostanzialmente dato per scontata la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del delitto di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare (art. 12 t.u. imm.), concentrando l’attenzione sull’eventuale ricorrenza di cause di giustificazione (v. *infra*).

Tale approccio, per un verso, appare in linea con la formulazione della norma incriminatrice<sup>29</sup>: essa è infatti concepita – in linea con gli obblighi di incriminazione di cui al *Facilitators package* – per attrarre nel proprio ambito di applicazione qualunque condotta idonea a procurare l’ingresso di stranieri privi di titolo, senza il filtro del dolo specifico di ingiusto profitto o di sfruttamento (che costituiscono mere circostanze aggravanti)<sup>30</sup>. Parte della dottrina, nondimeno, sostiene che, procedendo ad una corretta interpretazione delle fonti internazionali applicabili alla specifica materia dei soccorsi in mare, la sussistenza del reato in parola dovrebbe essere esclusa, a monte, proprio sul terreno della tipicità, segnatamente facendo leva sul difetto del presupposto di illiceità speciale (“illegalmente”) che contribuisce a perimetrarla.

In base un primo orientamento, in particolare, la condotta non potrebbe essere considerata “illegale” ogniqualvolta l’attività di soccorso sia caratterizzata dalla «costante ricerca di un dialogo con le autorità», nel senso che la nave soccorritrice, anche nella fase della ricerca del porto dove sbarcare, «tiene informati i MrcC competenti, richiede loro indicazioni, interagisce con essi»<sup>31</sup>. In siffatte condizioni, quando cioè il trasferimento in Italia avviene «alla luce del sole», gli stranieri non vengono sottratti ai controlli di frontiera, perché anzi l’operazione mira ad affidarli allo Stato affinché si faccia carico della prima accoglienza e delle successive operazioni di identificazione, ricezione della eventuale domanda di asilo ecc. Non viene dunque messa a repentaglio l’integrità dei confini, bensì tutt’al più l’interesse dello Stato a non farsi carico da solo dell’accoglienza; interesse tuttavia che – al di là della sua meritevolezza – non rientra nell’oggettività giuridica dell’art. 12 t.u. imm.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Cfr. STEINHILPER, GRUIJTERS (2017), i quali concludono la loro analisi (basata sul confronto tra i numeri degli sbarchi, da un lato, e la maggiore o minore presenza di ONG pronte ad intervenire lungo la rotta del Mediterraneo centrale, dall’altro) con la seguente, lapidaria, constatazione: «these results strongly suggest that SAR operations reduce mortality risks (or conversely, the absence of SAR operations leads to more deaths), and has little or no effect on the number of arrivals»; ad analoghe conclusioni perviene, più di recente, anche l’ampio e documentato studio condotto da CUSMANO, VILLA (2019).

<sup>27</sup> Particolarmente efficaci, sul punto, MILITELLO, SPENA (2015b), p. 2: «L’idea che ridurre l’area di operatività delle azioni di salvataggio possa raggiungere l’equilibrio fra esigenza di tutela delle vite umane in gioco e gli avvertiti bisogni di controllo e contenimento del fenomeno appare, più che ipocrita, anche piuttosto ingenua: non solo infatti è disposta a concedere alla tutela delle persone solo lo spazio disegnato dai bisogni di controllo, ma anche trascura le reali cause strutturali del fenomeno migratorio, i divari strutturali nella qualità della vita e nelle prospettive di reddito fra i diversi popoli, le quali permangono indifferenti alla linea di intervento delle operazioni di search and rescue».

<sup>28</sup> Sulla c.d. politica dei porti chiusi, cfr. CANCELLARO (2020); GENNARI, CECCHINI e CRESCINI (2020).

<sup>29</sup> Per una sintetica ricostruzione della struttura dell’art. 12 t.u. imm., v. *supra*, nota n. 21; per l’analisi delle numerose questioni esegetiche sollevate dalla disposizione, cfr. CAPUTO (2012), p. 43 ss.; CURI (2020), pp. 137 ss.; nonché, volendo, ZIRULIA (2020b).

<sup>30</sup> Ritiene che nei casi di soccorso in mare sussista la tipicità del reato di favoreggiamento dell’ingresso (e che la liceità di tali condotte vada individuata sul piano delle cause di giustificazione), MASERA (2019), p. 31-32.

<sup>31</sup> SPENA (2019a), p. 1902; nello stesso senso BERNARDI (2018), p. 138-139; DE VITTOR (2018), p. 452. Cenni in tal senso anche in PATARNELLO (2018).

<sup>32</sup> SPENA (2019a), p. 1903-1904; BERNARDI (2018), *ibid.*

Secondo una diversa impostazione, il carattere “illegale” dell’ingresso dovrebbe essere escluso, più in radice, in virtù della qualificazione delle persone soccorse come “naufraghi”<sup>33</sup>. Tale conclusione trova fondamento normativo nella disciplina di diritto internazionale che impone espressamente di valutare le c.d. “*non-SAR issues*” (ossia le questioni non attinenti all’operazione di *search and rescue*, incluse quelle amministrative relative alla posizione migratoria) soltanto una volta che le persone siano state trasferite presso un porto sicuro, a sua volta da determinarsi tenendo conto dell’esigenza di tutelare i diritti fondamentali delle persone coinvolte<sup>34</sup>. In questa prospettiva, la conduzione dei naufraghi nel territorio nazionale costituisce un’operazione al contempo doverosa (per il diritto internazionale) e neutra (per le norme interne sull’immigrazione)<sup>35</sup>; ciò anche a prescindere – qui si colloca la principale differenza con la tesi precedente – dall’instaurazione di un proficuo dialogo con le autorità italiane di frontiera, talvolta mancante in ragione della riluttanza manifestata da queste ultime a rispondere alle richieste di indicazione di un porto sicuro dove attraccare<sup>36</sup>.

### 3.1.2. *Il nodo dell’antigiuridicità, tra adempimento del dovere e stato di necessità.*

Come già accennato, l’attenzione del formante giurisprudenziale in materia è stata finora assorbita dalla verifica in ordine alla sussistenza degli estremi di cause di giustificazione, sul presupposto (dato per lo più per implicito) che qualunque condotta idonea a procurare l’ingresso sul territorio di stranieri *sans papiers* integri di per sé il fatto tipico del delitto di cui all’art. 12 t.u. imm.

*a) Prima della stagione della “criminalizzazione delle ONG”: alcuni precedenti significativi.* Il tema in esame, per vero, era già emerso prima che iniziasse la stagione della sistematica criminalizzazione delle ONG impegnate in attività di *search and rescue*. Nel 2010, anzitutto, una (isolata) sentenza di merito era intervenuta sul caso – non privo di eco mediatica – del trasporto in Italia di trentasette richiedenti asilo tratti in salvo in acque internazionali da una nave tedesca (la *Cap Anamur*) impegnata nel trasporto di materiale umanitario destinato all’Iraq<sup>37</sup>. L’accusa di favoreggiamento a carico del comandante della nave e di altri due membri della missione era collegata ad alcuni aspetti inizialmente poco chiari delle loro condotte, in considerazione dei quali le autorità italiane avevano sospettato che l’organizzazione umanitaria avesse voluto approfittare dell’occasione del salvataggio per favorire il progetto migratorio degli stranieri coinvolti e trarne un ritorno di immagine<sup>38</sup>. Il Tribunale di Agrigento, tuttavia, dopo avere sgombrato il campo dai sospetti di manovre fraudolente<sup>39</sup>, aveva

<sup>33</sup> PITEA, ZIRULIA (2019).

<sup>34</sup> Cfr. TURRINI (2019), p. 32.

<sup>35</sup> In particolare, il capitolo 2.1.10 dell’Allegato alla Convenzione SAR stabilisce che l’assistenza viene fornita ad ogni persona in pericolo “senza tener conto della nazionalità o dello status di detta persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata”. La previsione è integrata dalle *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, adottate dal *Maritime Safety Committee* con risoluzione MSC 167/78 del 20 maggio 2004 (disponibile su [www.imo.org](http://www.imo.org)), secondo cui “*if survivor status or other non-SAR matters need to be resolved, the appropriate authorities can often handle these matters once the survivors have been delivered to a place of safety*” (6.19); “*screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation of survivors from the assisting ship*” (6.20).

<sup>36</sup> Cfr. GRADONI, PASQUET (2019); CARRERA, CORTINOVIS (2019). Cfr. anche i continui aggiornamenti sui dinieghi o ritardi di sbarco forniti dal European Council on Refugees and Exiles (ECRE): [www.ecre.org/news/news](http://www.ecre.org/news/news).

<sup>37</sup> Tribunale di Agrigento, I sez. penale, 7 ottobre 2009 (dep. 15 febbraio 2010). Il natante in difficoltà era stato avvistato il 20 giugno 2004 lungo la rotta tra Malta ed il Golfo di Aqaba. A bordo vi erano 37 persone (sedicenti sudanesi, poi rivelatisi nigeriani e ghanesi), che il comandante della *Cap Anamur* aveva trasferito sulla propria imbarcazione. La vicenda si era conclusa soltanto il 12 luglio, con l’autorizzazione allo sbarco dei naufraghi a Porto Empedocle, seguito dall’arresto degli imputati (comandante, primo ufficiale e presidente dell’omonima organizzazione) e dal sequestro della *Cap Anamur* per favoreggiamento dell’immigrazione irregolare.

<sup>38</sup> Il comandante della *Cap Anamur* non aveva comunicato la destinazione finale della rotta; aveva sostato in maniera sospetta in acque internazionali, come se stesse “pattugliando” l’area in attesa di natanti in difficoltà da soccorrere; infine, aveva ritardato di dieci giorni la comunicazione dell’avvenuto soccorso e la relativa richiesta di un porto all’Italia, periodo durante il quale aveva anche sostato nei pressi delle acque maltesi, senza tuttavia informare le autorità locali della presenza dei naufraghi a bordo.

<sup>39</sup> Tutti gli elementi di fatto giudicati “sospetti” dall’accusa trovavano, secondo il Tribunale, una plausibile spiegazione alternativa a quella di favorire l’immigrazione irregolare: l’omessa comunicazione della destinazione era dovuta a ragioni di sicurezza, considerata la situazione di guerriglia nelle zone di destinazione delle merci trasportate; gli stazionamenti non erano finalizzati al “pattugliamento” (finalità che peraltro, sottolinea il giudice, non avrebbe di per sé escluso la sussistenza dell’adempimento del dovere di soccorso) bensì all’esigenza di effettuare prove tecniche “a freddo” successive ad un intervento di manutenzione eseguito a Malta; l’intempestiva comunicazione dell’avvenuto salvataggio

ritenuto che gli imputati avessero agito in adempimento del dovere di soccorso in mare, tanto nella fase del recupero dei migranti, i quali si trovavano in condizioni di pericolo (“*distress*”)<sup>40</sup>; quanto in quella successiva del loro trasporto in Italia. Rispetto a quest’ultima il Tribunale aveva affermato, all’esito della ricostruzione della rilevante disciplina di diritto internazionale, e in particolare richiamando la Convenzione SAR ed i “Principi-guida sul trattamento delle persone salvate in mare” adottati nel 2004 dall’International Maritime Organisation<sup>41</sup>, che le operazioni di soccorso non possono considerarsi concluse a bordo della nave soccorritrice<sup>42</sup> e che l’individuazione del porto sicuro è un’operazione da compiersi caso per caso, sulla base non solo della vicinanza geografica ma anche delle garanzie offerte sul fronte della tutela dei diritti fondamentali dei naufraghi<sup>43</sup>, ragione per cui la scelta di escludere l’attracco in Libia o a Malta doveva (nel caso di specie) considerarsi legittima<sup>44</sup>.

Alcuni anni dopo, intervenendo in un caso in cui gli imputati *non* erano i soccorritori che avevano tratto in salvo i migranti in acque internazionali e li avevano trasportati in Italia, bensì i trafficanti “scafisti” che erano stati trovati a bordo del natante soccorso, la Corte di Cassazione – chiamata a pronunciarsi sull’applicabilità della legge penale italiana – aveva affermato che l’intervento dei soccorritori era da ritenersi un elemento “previsto e voluto” dell’*iter criminis*, tale dunque da rendere imputabili agli scafisti anche le condotte materialmente realizzate in Italia dai soccorritori, secondo lo schema dell’autorità mediata di cui all’art. 54 c.p.<sup>45</sup> Proprio il riferimento a tale disposizione codicistica aveva portato la stessa pronuncia ad affermare – a titolo peraltro di *obiter dictum* – che le condotte dei soccorritori erano da considerarsi coperte dallo stato di necessità. Siffatta impostazione, invero non priva di profili di criticità relativamente al richiamo allo schema dell’autorità mediata<sup>46</sup>, è stata successivamente confermata da ulteriori pronunce di legittimità aventi ad oggetto analoghe vicende, le quali hanno pure incidentalmente ribadito la rilevanza scriminante dell’art. 54 c.p. a favore dei soccorritori.

All’interno di questo (scarno) panorama giurisprudenziale, dove la liceità delle condotte dei soccorritori è pacifica ma al contempo “contesa” tra gli artt. 51 e 54 del codice penale, si inserisce la casistica che più direttamente ci occupa in questa sede.

*b) I procedimenti per favoreggiamento dell’immigrazione irregolare avviati nei confronti delle ONG soccorritrici*<sup>47</sup>. Procedendo in ordine cronologico, la decisione che inaugura l’attuale sta-

alle autorità, che in effetti aveva costituito un’irregolarità, si spiegava con il prolungato tentativo, in contatto con la sede dell’organizzazione a Colonia, di verificare l’effettiva provenienza dei migranti e di risolvere la questione della loro destinazione, il tutto «*verosimilmente al fine di dare lustro al comitato Cap Anamur nell’ambito della finalità umanitaria che caratterizzava l’organizzazione*».

<sup>40</sup> Ai sensi dell’art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare, il “*distress*” (“pericolo” nella versione italiana allegata alle legge di ratifica n. 689 del 1994) costituisce presupposto dell’obbligo di intervento a carico degli Stati e dei comandanti delle navi. Per alcuni imprescindibili riferimenti alla dottrina internazionalistica, v. *supra*, nota n. 25.

<sup>41</sup> È la Convenzione SAR, in particolare, a prevedere che la fase dello sbarco delle persone tratte in salvo costituisca parte integrante di qualunque operazione di soccorso: il cap. 1.3.2. dell’Allegato definisce infatti il salvataggio come attività “destinata a recuperare le persone in pericolo ed a prodigare loro le prime cure mediche o altre di cui potrebbero aver bisogno ed a trasportarle in un luogo sicuro”. Quest’ultimo, in base alle già menzionate *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, adottate dal *Maritime Safety Committee* nel 2004, può solo provvisoriamente coincidere con la nave che ha operato il soccorso, ovvero altra imbarcazione idonea, dovendosi l’operazione necessariamente concludere, entro un tempo ragionevole, sulla terraferma (nn. 6.13 e 6.14).

<sup>42</sup> Si riporta il passaggio rilevante: «*secondo l’interpretazione delle norme internazionali sopra richiamate sorretta anche da argomentazioni di senso comune, la nave soccorritrice costituisce un luogo puramente provvisorio di salvataggio in quanto le persone tratte in salvo debbono essere condotte in un luogo (sicuro) della terraferma e la nave soccorritrice deve essere, al contempo, sollevata dall’incombente di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese soluzioni alternative*».

<sup>43</sup> All’interno delle *Guidelines* dell’MSC è altresì rinvenibile la nozione di *place of safety* richiamata dal Tribunale di Agrigento: “*a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors’ safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met*” (punto n. 6.12). Sulla ripartizione degli obblighi tra Stati e comandanti, v. DE VITTOR, STARITA (2019); sui criteri di determinazione del POS, v. TURRINI (2019).

<sup>44</sup> Il Tribunale aveva valorizzato il fatto che il comandante avesse tenuto in considerazione, da un lato, le violazioni dei diritti fondamentali sistematicamente perpetrate in Libia nei confronti dei migranti; dall’altro, le criticità in punto di garanzie procedurali e condizioni materiali di vita di cui soffriva il sistema maltese di trattenimento amministrativo di stranieri irregolari, corroborate da attendibili rapporti istituzionali.

<sup>45</sup> Cass. pen., sez. I, 28.2.2014, n. 14510; Cass. pen., sez. I, 23.5.2014, n. 36052, Arabi, CED 260040; Cass. pen., sez. I, 16.3.2018, n. 29832.

<sup>46</sup> Cfr. BERNARDI (2018), p. 138, che correttamente rileva come la condotta dei trafficanti non è riconducibile al paradigma della “minaccia” di cui all’art. 54, comma 3; secondo ORLANDO (2018), pp. 152-156, allo stesso risultato (applicabilità della legge penale italiana) si potrebbe pervenire attraverso la disciplina del concorso di persone. Per vero, alcune successive pronunce hanno fondato la ricostruzione dell’autorità mediata sul paradigma di cui all’art. 48 c.p. (pur non rinunciando a considerare la condotta dei soccorritori “scriminata” ai sensi dell’art. 54): cfr. Cass. pen., sez. I, 8.4.2015, n. 20503, Iben Massaoud, CED 263670; Cass. pen., sez. I, 24.1.2019, n. 12619, Chidokwe, CED 276173. Anche questa soluzione appare tuttavia criticabile, poiché, salvo forzature linguistiche, le vicende in esame non presuppongono alcun “errore” determinato dall’altrui “inganno”. Sul tema v. anche TRAPASSO (2017), p. 583 ss.

<sup>47</sup> Per uno sguardo d’insieme sulla casistica di seguito esaminata e sullo sfondo geopolitico nel quale si colloca, cfr., dalla prospettiva penalistica, MASERA (2018), MASERA (2019), SPENA (2019a); RUGGIERO (2020), ROSSI (2020); dalla prospettiva internazionalistica, PAPANICOLOPULU (2017), PAPANICOLOPULU (2019); BEVILACQUA (2019).

gione della “criminalizzazione delle ONG” è rappresentata dalla convalida del sequestro della nave *Juventa* disposta dal GIP di Trapani nel 2017<sup>48</sup>. In base alla ricostruzione accusatoria, accolta dal GIP, in più occasioni tra il 2016 ed il 2017 l’equipaggio dell’ONG *Jugend Rettet* non si sarebbe limitato a prestare soccorso a stranieri in pericolo, bensì avrebbe intrattenuto rapporti con i trafficanti, concordando con loro la “consegna” dei migranti e restituendo i barconi affinché potessero essere utilizzati per successivi trasporti. A fronte di tali emergenze, il GIP ha ritenuto che le condotte precedenti e successive ai salvataggi in senso stretto non potessero ricadere nello spettro applicativo della disciplina internazionale sui soccorsi in mare, e di riflesso non potessero considerarsi scriminate ai sensi dell’art. 51 c.p.

Giova peraltro osservare come la ricostruzione in punto di fatto sulla quale si regge il sequestro della *Juventa* sia stata oggetto di penetranti e documentate critiche<sup>49</sup>, che forse contribuiscono a spiegare perché il procedimento si trovi da tempo in fase di stallo: a distanza di tre anni dal sequestro, infatti, ancora non vi è stata né richiesta di archiviazione né di rinvio a giudizio.

Una situazione sostanzialmente speculare emerge con riguardo al caso della nave soccorritrice *Open Arms*: sebbene il GIP di Ragusa non ne abbia convalidato il sequestro, ritenendo che l’equipaggio avesse agito in stato di necessità<sup>50</sup>, la Procura ha comunque chiesto il rinvio a giudizio del comandante e della capo missione. Ma procediamo con ordine. I fatti risalgono al 15 marzo 2018, quando la *Open Arms*, ricevuta notizia dal MRCC italiano (*Maritime Rescue Coordination Centre*) della presenza di alcuni gommoni in difficoltà, si era diretta sul luogo dell’evento ed aveva recuperato oltre 200 migranti, nonostante lo stesso MRCC avesse nel frattempo ordinato di cedere il passo alle motovedette libiche in arrivo. Dopo alcuni momenti di tensione con la guardia costiera di Tripoli, la ONG aveva fatto rotta prima verso Malta e poi verso l’Italia, ottenendo il 17 giugno l’autorizzazione allo sbarco presso Pozzallo. Poiché la Procura aveva ravvisato, oltre agli estremi del favoreggiamento, anche quelli dell’associazione per delinquere, la competenza territoriale si era inizialmente radicata presso il Tribunale distrettuale di Catania, dove il GIP aveva convalidato il sequestro per il delitto di cui all’art. 12 t.u. imm., escludendo la ricorrenza di qualsivoglia causa di giustificazione<sup>51</sup>: non l’adempimento del dovere, in quanto l’aver ignorato gli ordini delle autorità italiane e l’aver interferito con l’attività di quelle libiche integravano violazioni di quel “Codice di condotta”, firmato da *Open Arms*, che doveva considerarsi «appendice» della disciplina di diritto del mare<sup>52</sup>; non lo stato di necessità, in quanto l’imminente arrivo dei libici aveva comportato il venire meno dell’attualità del pericolo di naufragio; non, infine, la scriminante umanitaria di cui all’art. 12 comma 2 t.u. imm., il cui ambito di applicazione è testualmente limitato alle attività realizzate a beneficio di migranti irregolari già presenti sul territorio. Il giudice catanese, peraltro, aveva escluso il *fumus* del reato di cui all’art. 416 c.p., disponendo di conseguenza il trasferimento degli atti al GIP di Ragusa, divenuto competente per territorio. Quest’ultimo, con la decisione già richiamata, ha da un lato confermato il giudizio sull’assenza dei presupposti dell’adempimento del dovere di soccorso, ancorché per ragioni diverse da quelle espresse dal collega catanese, e segnatamente perché al momento dell’intervento di *Open Arms* «i gommoni erano sì sovraccarichi, ma in buono stato di galleggiabilità, e le condizioni meteo erano buone»; dall’altro lato, ha ritenuto che proprio l’annunciato arrivo della guardia costiera libica, la quale avrebbe ricondotto i migranti nei centri di detenzione dove si consumano indicibili violenze, integrasse un “pericolo attuale di un danno grave alla persona”<sup>53</sup>, con conseguente liceità dell’operazione

<sup>48</sup> GIP Trapani, decreto 2.8.2017, in *Questione Giustizia*, 18.9.2017, con nota di BARBERINI (2017). L’ordinanza è stata confermata dal Tribunale di riesame, con provvedimento inedito.

<sup>49</sup> Cfr. la contro-indagine effettuata dal centro di ricerca Forensic Architecture (Goldsmiths University of London): [www.blamingtherescuers.org/juventa](http://www.blamingtherescuers.org/juventa).

<sup>50</sup> GIP Ragusa, decreto 16.4.2018, in *Questione Giustizia*, 19.4.2018, con nota di PATARNELLO (2018). Il dissequestro è stato successivamente confermato dal Tribunale del riesame, con pronuncia inedita.

<sup>51</sup> GIP Catania, decreto 27.3.2018, in *Questione Giustizia*, 31.3.2018, con nota di PERELLI (2018).

<sup>52</sup> Il “Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare” è stato stilato dal Governo italiano, con il sostegno dei Ministri dell’Interno UE riunitisi a Tallinn il 6 luglio 2017, e proposto per la sottoscrizione alle Organizzazioni non governative. Il documento, la cui natura giuridica è controversa (cfr. PAPANICOLOPULU (2017), p. 25) prevede, tra l’altro, che gli equipaggi delle ONG si impegnino “a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazione di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e a non ostacolare l’attività di Search and Rescue (SAR) da parte della Guardia costiera libica”.

<sup>53</sup> La pronuncia cita, in particolare, un rapporto di Amnesty International del 2017, nonché il documento conclusivo della Commissione Difesa del Senato della Repubblica, dello stesso anno, sull’indagine conoscitiva sul contributo dei militari italiani al controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo e sull’impatto dell’attività delle organizzazioni non governative, dai quali emerge che le persone sono «trattenute in strutture di detenzione in condizioni di sovraffollamento, senza accesso a cure mediche e ad un’adeguata alimentazione, e sottoposte a maltrattamenti,

di recupero e di conduzione delle persone coinvolte in un logo che rispondesse alle caratteristiche del “porto sicuro”.

Al di là del condivisibile esito decisionale, e della parimenti condivisibile integrazione della nozione di *place of safety* con il requisito del rispetto dei diritti fondamentali<sup>54</sup>, la decisione non convince fino in fondo laddove ritiene assente, nel caso concreto, il presupposto del pericolo (“*distress*”). Invero, un’esesesi del concetto più aderente alla finalità di garantire la massima tutela possibile della vita in mare porta a ritenerlo integrato non solo quando le persone sono già in acqua, e nemmeno quando il natante sia in procinto di affondare, bensì in tutti i casi in cui le condizioni di sicurezza della navigazione siano gravemente deficitarie, come strutturalmente accade per i migranti che tentano di raggiungere clandestinamente le coste europee<sup>55</sup>.

Infine, nell’ultimo biennio, le Procure di Palermo e Agrigento hanno chiesto ed ottenuto l’archiviazione di due procedimenti per favoreggiamento dell’immigrazione irregolare avviati a seguito di operazioni di soccorso riconducibili, rispettivamente, all’ONG *Sea Watch* ed all’associazione *Mediterranea*<sup>56</sup>. Entrambe le richieste, integralmente richiamate dai decreti di archiviazione, hanno ritenuto sussistenti tanto gli estremi dell’adempimento del dovere di soccorso in mare, quanto quelli dello stato di necessità. Le Procure hanno anzitutto ritenuto che il presupposto del “*distress*” dovesse ritenersi integrato a fronte delle circostanze di fatto in cui, in entrambe le vicende, erano stati trovati i migranti (imbarcazioni sovraccariche e strutturalmente inadeguate a percorrere la traversata, assenza di strumentazione e personale competente a bordo, passeggeri privi di giubbotti di salvataggio, e via dicendo<sup>57</sup>). Con riferimento alla successiva conduzione dei naufraghi presso un porto sicuro, le Procure hanno ribadito che, alla luce delle rilevanti fonti pattizie, si tratta di un’attività inscindibile dall’operazione di salvataggio in senso stretto, come tale oggetto del medesimo obbligo<sup>58</sup>. Inoltre – e soprattutto – hanno insistito sul fatto che all’individuazione del POS debbano contribuire non solo gli Stati costieri, nel quadro dell’obbligo di coordinamento e cooperazione pure fissato dal diritto internazionale, ma anche il comandante della nave soccorritrice, in quanto soggetto che si trova nella posizione migliore per valutare, sulla base delle sue competenze professionali, la situazione a bordo, le condizioni atmosferiche e ogni altro elemento che possa essere plausibilmente valorizzato nella prospettiva di tutelare la vita, la sicurezza ed i diritti fondamentali delle persone coinvolte<sup>59</sup>. Anche sotto questo profilo, le richieste di archiviazione hanno giu-

*stupri e lavori forzati*. Le sistematiche violenze perpetrate nei campi libici nei confronti di migranti detenuti sono state accertate anche dalle sentenze italiane che hanno condannato alcuni degli aguzzini, giunti a loro volta sul territorio come migranti irregolari, per reati di sequestro di persona, omicidio, violenza sessuale, nonché, da ultimo, tortura *ex art.* 613-bis c.p.: cfr. MENTASTI (2020), anche per ulteriori riferimenti.

<sup>54</sup> Lo sottolinea DE VITTOR (2018), p. 448, cui si rinvia anche per una dettagliata contestualizzazione della pronuncia nella rilevante disciplina di diritto internazionale.

<sup>55</sup> In questo senso, v. ancora le Raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa (*Vite salvate, diritti protetti*, cit.): «*Le imbarcazioni che trasportano rifugiati, richiedenti asilo e migranti sono invariabilmente sovraccaricate, inadatte a lunghi viaggi, soprattutto in caso di mare mosso, e non hanno generalmente un equipaggio competente né attrezzature per la navigazione. Di conseguenza, tali imbarcazioni dovrebbero essere considerate in pericolo* [“*distress*” nel testo inglese della raccomandazione] *dal momento stesso in cui iniziano il loro viaggio*» (p. 24). A sostegno di tale conclusione, le stesse Raccomandazioni richiamano il Regolamento (UE) 656/2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne coordinata da Frontex. Pur trattandosi di una disciplina rivolta agli Stati, in essa si rinviengono chiari riferimenti normativi in ordine agli indici che consentono di stabilire se un’imbarcazione ha bisogno di aiuto (art. 9, par. 2, lett. f): la richiesta di assistenza (unico fattore espressamente definito come non decisivo); la navigabilità del natante; il numero di persone a bordo rispetto al tipo di natante ed alle condizioni in cui si trova; la disponibilità di sufficienti scorte di cibo, acqua e carburante; la presenza di un equipaggio qualificato, di un comandante, di dispositivi di sicurezza e apparecchiature di navigazione e comunicazione; la presenza a bordo di persone che necessitano assistenza medica urgente, di donne in stato di gravidanza o bambini, nonché le condizioni metereologiche e marine.

<sup>56</sup> Proc. della Repubblica presso il Trib. di Palermo, richiesta di archiviazione del 14 giugno 2018 (accolta dal GIP), inedita: i fatti si riferiscono al soccorso di oltre 200 migranti effettuato dalla nave Golfo Azzurro della ONG *Sea Watch* nel maggio 2017, sotto il coordinamento del MRCC di Roma, ed al loro successivo trasporto a Lampedusa; Proc. della Repubblica presso il Trib. di Agrigento, richiesta d’archiviazione del 27 gennaio 2020 (accolta dal GIP), inedita: i fatti si riferiscono al soccorso di 50 migranti effettuato dalla nave *Mare Jonio*, battente bandiera italiana ed appartenente all’associazione *Mediterranea*, in zona SAR libica tra il 18 e il 19 marzo 2019 e conclusosi con l’attracco nel porto di Lampedusa (soccorso effettuato al di fuori del coordinamento con il MRCC, che inizialmente vietava l’ingresso, salvo poi scortare la nave nel porto trattandosi di natante battente bandiera italiana).

<sup>57</sup> Si tratta, a ben vedere, proprio degli indici di *distress* delineati dal precitato Regolamento (UE) 656/2014 in materia di sorveglianza statale delle frontiere esterne. Per un’apertura rispetto alla possibilità di estendere ai privati le regole sui soccorsi applicabili agli Stati, v. il commento del Sostituto procuratore generale presso Corte d’appello di Roma al decreto di sequestro della nave *Juventa*, BARBERINI (2018): «*Una volta escluso, naturalmente, che per potersi considerare in pericolo la nave sia in procinto di affondare, l’interprete dovrà certo mettere in conto [...] il carattere di eccezionalità e tassatività delle cause di giustificazione, che debbono trovare fondamento in presupposti precisi, verificabili e rigorosi [...] dovrà, peraltro, considerarsi che le stesse Ong operano o dovrebbero operare sotto la direzione della Guardia costiera e che, pertanto, le regole che ispirano l’attività di salvataggio della prima dovrebbero valere, almeno in parte, anche per le seconde*».

<sup>58</sup> Come già visto trattando il caso *Cap Anamur*, il fondamento giuridico di tali affermazioni è da rinvenirsi nella Convenzione SAR (cap. 1.3.2.) nonché nei Principi-guida dell’IMO sul trattamento delle persone salvate in mare (nn. 6.13 e 6.14).

<sup>59</sup> Si tratta di una posizione allineata a quella espressa dalla dottrina internazionalistica: cfr. TURRINI (2019), p. 44-45: «*In essence, it is generally up to the shipmaster to decide, as the State hosting the MRCC coordinating the mission can only recommend a place of safety*»; fermo restando che, «*no*

dicato l'operato delle ONG immune da criticità: la scelta dell'Italia, infatti, era discesa dalla constatazione che la Libia è un Paese in stato di guerra civile, dove i migranti sono sistematicamente sottoposti a indicibili violenze; che la Tunisia non ha sottoscritto la Convenzione di Ginevra sui rifugiati; che Malta è ormai nota per la sua «*assoluta mancanza di cooperazione*» nella gestione degli eventi SAR<sup>60</sup>.

Da questa sintetica ricostruzione delle due richieste di archiviazione dovrebbe essere emerso come, malgrado il contestuale richiamo allo stato di necessità ed all'adempimento del dovere, quest'ultima sia stata la scriminante davvero decisiva per l'esito delle vicende<sup>61</sup>. Invero, una volta stabilito, al metro del diritto internazionale del mare, che tanto il salvataggio in senso stretto, quanto la successiva conduzione dei naufraghi in un porto sicuro, sono oggetto di un vero e proprio obbligo in capo al comandante, appare concettualmente improprio il riferimento allo stato di necessità, il cui scopo è quello di escludere la punibilità in capo a chi abbia esercitato una mera facoltà di intervento, in presenza dei presupposti fissati dall'art. 54 c.p.<sup>62</sup> Senza contare che questi ultimi, a ben vedere, risultano più stringenti rispetto a quelli che fanno scattare l'obbligo di intervento ai sensi del diritto internazionale del mare: anche senza adottare l'impostazione dottrinale che considera l'art. 54 c.p. una scusante, e pertanto interpreta il requisito della "costrizione" come uno stato di turbamento psicologico, in ogni caso il "pericolo attuale di un grave danno alla persona" appare semanticamente più circoscritto dello stato di "distress", specie laddove di quest'ultimo si adotti un'interpretazione teleologicamente orientata alla massima tutela della vita in mare<sup>63</sup>.

c) *La sentenza della Cassazione sul caso Rackete*. Ad ulteriore conforto della correttezza dell'impostazione basata sull'adempimento del dovere, è significativo osservare come l'impianto sul quale si reggono le due richieste di archiviazione da ultimo esaminate (e dunque anche i decreti che le hanno accolte) coincida con quello adottato, nello stesso frangente temporale, dal Tribunale di Agrigento e dalla Cassazione rispetto alla nota vicenda dell'arresto della comandante della nave *Sea Watch 3* Carola Rackete<sup>64</sup>. Sebbene queste decisioni avessero ad oggetto la richiesta (respinta) di convalida dell'arresto della comandante per le condotte poste in essere in fase di ingresso forzato nel porto di Lampedusa (qualificate dalla Procura come resistenza a pubblico ufficiale *ex art. 337 c.p.* e violenza contro nave da guerra *ex art. 1100 cod. nav.*), nondimeno le motivazioni rese dai giudici per ricostruire il panorama delle fonti internazionali che giustificavano quanto compiuto dalla comandante a titolo – appunto – di adempimento del dovere, appaiono "esportabili" anche ai casi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (reato per il quale, si noti, Rackete risulta pure indagata). Anzi, proprio la circostanza che la causa di giustificazione sia stata riconosciuta come applicabile perfino a fronte di condotte caratterizzate dall'uso della forza nei confronti delle autorità di frontiera, rende la conclusione estendibile "a fortiori" al contesto che qui più direttamente ci occupa: se infatti il dovere di tutelare la vita e l'integrità fisica dei naufraghi prevale su quello di rispettare gli ordini delle autorità, alle stesse conclusioni non si può non pervenire laddove il dovere in conflitto attenga all'ordinata gestione dei flussi migratori (bene giuridico tutelato dall'art. 12 t.u. imm.)<sup>65</sup>. Da questo punto di vista, a differenza di quanto si sarebbe potuto osservare fino ad un recente passato, ossia fintantoché nella giurisprudenza di legittimità si rinvenivano, come visto, soltanto laconici e incidentali riferimenti allo stato di necessità, oggi giorno l'ap-

---

*State can be forced to open its ports (apart from in the case of a ship in distress, which retains her incontestable right to put into the closes haven [...])*. Nello stesso senso si esprime anche la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa nelle già citate Raccomandazioni (*Vite Salvate. Diritti protetti*, cit.), espressamente richiamate dalla Procura agrigentina. Ne consegue, si legge proprio in quest'ultimo provvedimento, che il luogo di sbarco non deve essere necessariamente individuato sul territorio dello Stato al quale appartiene la zona SAR dove è avvenuto il salvataggio o che abbia avuto per primo notizia dell'evento o che abbia comunque coordinato i soccorsi.

<sup>60</sup> Proc. della Repubblica presso il Trib. di Palermo, richiesta di archiviazione del 14 giugno 2018, cit.

<sup>61</sup> Per un'impostazione volta invece a riconoscere un maggiore spazio di operatività allo stato di necessità, eventualmente estendibile anche ai casi di "consegne concordate", MASERA (2019), pp. 36-41; esprime perplessità rispetto all'efficacia della scriminante *ex art. 51 c.p.* a coprire anche la fase di ingresso in un porto italiano, laddove le autorità nazionali vi si oppongano, ritenendo che in questi casi possa a certe condizioni operare l'art. 54 c.p., SPENA (2019), pp. 1891-1901.

<sup>62</sup> In questo senso v. anche SPENA (2019a), p. 1876; RUGGIERO (2020), pp. 211-214. Sui criteri di distinzione tra i presupposti dello stato di necessità e quelli dell'adempimento del dovere, v. per tutti VIGANÒ (2000), p. 472 ss.

<sup>63</sup> V. *supra*, nota n. 55.

<sup>64</sup> Trib. Agrigento, ufficio GIP, 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2019; decisione confermata da Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020 (dep. 20 febbraio 2020), n. 6626, Pres. Lapalorcia, Est. Gai, ric. Rackete, in *Sistema penale*, con nota di ZIRULIA (2020c).

<sup>65</sup> Per alcune considerazioni sul punto sia consentito rinviare a ZIRULIA (2020c). Sul fondamento della scriminante *ex art. 51 c.p.* nella prevalenza di un dovere su un altro con esso confliggente, da determinarsi alla luce della gerarchia dei valori ad essi sottesi, v. VIGANÒ (2000), pp. 503-504.

plicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso alle operazioni di *search and rescue* poste in essere alle ONG nel Mediterraneo gode altresì di un'ulteriore conferma dotata dell'autorevole sigillo nomofilattico della Corte di Cassazione.

## 3.2.

### *La criminalizzazione della solidarietà tra familiari: il caso Riace (Domenico Lucano).*

Una vicenda italiana di cui si è molto discusso anche all'estero è quella che vede imputati per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare il Sindaco di Riace Domenico Lucano e la sua compagna T.L., di origine etiopica e naturalizzata italiana. L'accusa si inerisce all'interno di una controversa indagine sui presunti illeciti commessi da Lucano, in concorso con membri di associazioni e cooperative locali, nella gestione di quei progetti a carattere sociale ed economico, fortemente improntati all'accoglienza degli stranieri, noti anche a livello internazionale come "modello Riace"<sup>66</sup>. Per quanto rileva in questa sede, Lucano e T.L. sono accusati di avere falsificato alcuni documenti al fine di organizzare un matrimonio fittizio tra la stessa T.L. e suo fratello, residente in Etiopia e intenzionato ad emigrare: l'operazione era finalizzata a procurare l'ingresso in Italia dell'uomo attraverso una procedura di ricongiungimento familiare, in quanto la legislazione italiana ammette il ricongiungimento tra coniugi e non invece tra fratelli. La manovra è stata tuttavia scoperta sia dalle autorità etiopi (che hanno arrestato il giovane), sia da quelle italiane, che hanno avviato nei confronti del Sindaco di Riace e di T.L. un procedimento per il delitto di cui all'art. 12 t.u. imm. Tale qualificazione non è stata ostacolata dalla mancata realizzazione dell'obiettivo, né dalla finalità solidaristica ad esso sottesa, trattandosi – come già a più riprese sottolineato – di fattispecie a consumazione anticipata e a dolo generico.

Il GIP di Locri<sup>67</sup> aveva inizialmente applicato a Lucano la misura cautelare degli arresti domiciliari (anche in relazione al reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente *ex art.* 353-bis c.p., contestato con riferimento a condotte diverse da quella in esame) e a T.L. quella del divieto di dimora nel Comune di Riace; misure poi sostituite dal Tribunale del riesame di Reggio Calabria, rispettivamente, con il divieto di dimora e l'obbligo di presentarsi presso un ufficio di polizia giudiziaria. La vicenda cautelare è infine approdata in Cassazione: quanto alla posizione di Lucano, la Corte ha annullato l'ordinanza per difetto di esigenze cautelari (nonché per difetto di gravità indiziaria del delitto *ex art.* 353-bis c.p.), con rinvio al riesame per una nuova deliberazione<sup>68</sup>; quanto alla posizione di T.L., la Corte ha annullato senza rinvio la misura per carenza del requisito dell'adeguatezza della misura applicata, ritenendola cioè inidonea a fronteggiare il prospettato pericolo di reiterazione<sup>69</sup>. Nell'aprile 2019 la Procura ha comunque chiesto e ottenuto il rinvio a giudizio per entrambi gli indagati, e nel momento in cui si scrive si sta celebrando la fase dibattimentale.

## 3.3.

### *La criminalizzazione della solidarietà via terra: la casistica francese sui c.d. movimenti secondari.*

Molti dei migranti irregolari che giungono in Italia ambiscono a proseguire il viaggio attraversando la frontiera con la Francia, consapevoli delle scarse possibilità di regolarizzazione che offre il nostro Paese o comunque intenzionati a ricongiungersi con familiari o conoscenti residenti olttralpe. Il confine italo-francese è così diventato, da molti anni, terreno di movimenti irregolari tra Stati membri (movimenti definiti "secondari" appunto perché successivi al primo ingresso nello spazio UE). Anche il favoreggiamento di questi movimenti ricade nell'area dell'illiceità tracciata dalla direttiva 2002/90/CE e dunque nell'obbligo di prevedere sanzioni penali per i trasgressori ai sensi della decisione quadro 2002/946/GAI<sup>70</sup>. La corrispondente

<sup>66</sup> V. ad es. The Guardian, *In Italy's 'hospitality town', migrants fight to save mayor who gave them a new home*, 7.10.2018.

<sup>67</sup> Tribunale di Locri, ufficio GIP, 26 settembre 2018 (spec. pp. 69-122), in *questionegiustizia.it*, 3.10.2018.

<sup>68</sup> Cass. pen., sez. VI, 26.2.2019, n. 14418, ric. Lucano.

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. VI, 21.3.2019, n. 13719, ric. T.L.

<sup>70</sup> Come si ricorderà, infatti, nella nozione di "favoreggiamento" della direttiva, alla quale si ricollega l'obbligo di incriminazione previsto dalla decisione quadro, ricade qualunque condotta che intenzionalmente favorisca l'ingresso irregolare di stranieri nel territorio *di uno Stato membro*

disposizione attuativa francese è l'articolo 622-1 CESEDA (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*)<sup>71</sup>.

Due noti casi, ad esempio, si sono verificati al confine alpino tra il comune italiano di Claviere e quello francese di Montgenèvre. Nel primo, sette giovani di diverse nazionalità europee sono stati condannati in primo grado a sei mesi di reclusione (pena sospesa) per avere aiutato una ventina di stranieri ad entrare in territorio francese, nascondendoli all'interno di una manifestazione pro-migranti tenutasi il 22 aprile 2018<sup>72</sup>. Nel secondo caso, un uomo francese, di professione guida alpina, è stato condannato in primo grado a tre mesi di reclusione (pena sospesa) per avere accompagnato in Francia tre stranieri senza documenti la sera del 6 gennaio 2018: la sua versione dei fatti, secondo cui avrebbe incontrato gli stranieri durante una delle perlustrazioni che era solito compiere per verificare la presenza di persone in difficoltà sui sentieri, non è stata ritenuta attendibile dal giudice, secondo il quale l'incontro era stato precedentemente organizzato<sup>73</sup>. Spostando l'attenzione più a sud, si può ricordare il caso di una volontaria italiana di un'associazione a sostegno dei migranti, condannata in appello a sei mesi di reclusione (pena sospesa) ed al divieto di soggiornare nel Département des Alpes Maritimes per cinque anni, per avere trasportato una famiglia di stranieri da Ventimiglia fino a Mentone a bordo di un furgone<sup>74</sup>.

Il caso che ha fatto maggiormente discutere, anche per gli importanti sviluppi giudiziari che ha generato, è quello che visto coinvolto, nella veste di imputato, l'agricoltore attivista della val Roia Cédric Herrou, condannato dalla Corte d'Appello di Aix en Provence per favoreggiamento dell'ingresso, della circolazione e del soggiorno di stranieri irregolari<sup>75</sup>. Adita dallo stesso Herrou, la Corte di Cassazione francese ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. L. 622-4 CESEDA, nella parte in cui (secondo la formulazione all'epoca vigente) prevedeva una causa di non punibilità a favore di chi, per ragioni famigliari o umanitarie, avesse favorito il *soggiorno* di stranieri irregolari, escludendo invece dal proprio ambito di applicazione l'assistenza solidale prestata in fase di *ingresso* nel territorio nazionale e di *circolazione* al suo interno<sup>76</sup>. Il ricorso è stato parzialmente accolto dal *Conseil Constitutionnel*<sup>77</sup>. Il percorso argomentativo della sentenza ruota attorno al seguente interrogativo: se il legislatore, nel delimitare l'ambito di applicazione dell'art. L. 622-4 alla sola assistenza al soggiorno irregolare, abbia effettuato un ragionevole contemperamento («une conciliation équilibrée») tra il principio di *fraternité* e la tutela dell'ordine pubblico, entrambi di rilevanza costituzionale. I giudici hanno risposto dichiarando l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non estendeva l'immunità anche all'aiuto alla *circolazione* di stranieri irregolari *già presenti* sul territorio francese; ma non nella parte in cui escludeva dal proprio campo di applicazione l'aiuto all'*ingresso* irregolare: solo nel primo caso, infatti, venivano in rilievo condotte non suscettibili di generare una nuova situazione di irregolarità (esattamente come nell'ipotesi, già inclusa nell'esimente, di favoreggiamento del soggiorno irregolare). Con legge del 10 settembre 2018, il legislatore francese ha modificato l'art. L. 622-4 CESEDA aggiungendo l'aiuto alla circolazione tra le condotte giustificate a fronte di accertata finalità solidale<sup>78</sup>. Sulle implicazioni della pronuncia francese nelle valutazioni in ordine alla legittimità della scriminante umanitaria italiana (art. 12, comma 2 t.u. imm.) si tornerà nel prosieguo (v. *infra*, par. n. 5).

(art. 1, par. 1, lett. a).

<sup>71</sup> Per un inquadramento, v. CHASSANG (2019), pp. 171-172. La norma recita: «*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros*». Il richiamato art. L. 622-4, oggetto come si vedrà *infra* di questione di legittimità dinanzi al Conseil Constitutionnel, contiene un'articolata causa di esclusione della punibilità per determinate tipologie di condotte umanitarie.

<sup>72</sup> Tribunal de Grande Instance de Gap, 13 dicembre 2018, disponibile su [www.gisti.org](http://www.gisti.org).

<sup>73</sup> Tribunal de Grande Instance de Gap, 10 gennaio 2019, disponibile su [www.gisti.org](http://www.gisti.org).

<sup>74</sup> Court d'appel d'Aix en Provence, arrêt 6.6.2018, in [www.gisti.org](http://www.gisti.org).

<sup>75</sup> Cédric Herrou è stato condannato a quattro mesi di reclusione (pena sospesa) per plurime condotte di favoreggiamento dell'ingresso, della circolazione e del soggiorno irregolare (presso la propria abitazione) di un numero imprecisato di stranieri (Court d'Appel d'Aix en Provence, arrêt 8.8.2017, in [www.gisti.org](http://www.gisti.org)).

<sup>76</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 9.5.2018, affaire n. 17-85736, in [www.egifrance.gouv.fr](http://www.egifrance.gouv.fr). Lo stesso giorno, con ordinanza gemella n. 17-85737, la Cassazione ha sollevato la stessa questione rispetto al caso di Pierre-Alain Mannoni, ricercatore universitario condannato a due mesi di reclusione (pena sospesa) per favoreggiamento della circolazione e del soggiorno irregolare, per avere trasportato e ospitato nella propria abitazione tre persone di nazionalità eritrea (Court d'Appel d'Aix en Provence, arrêt, 11.9.2017, in [www.gisti.org](http://www.gisti.org)).

<sup>77</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n. 2018/717-718 QPC, 6.7.2018. Tra i commenti si segnalano CHASSANG (2019); MASERA (2019), pp. 33-35.

<sup>78</sup> A seguito dell'intervento del Conseil Constitutionnel, la Cassazione ha annullato la condanna inflitta ad Herrou rinviando la causa alla Corte d'Appello di Lione (Cour de Cassation, Chambre criminelle, 12.12.2018, affaire n. 17-85736, in [www.egifrance.gouv.fr](http://www.egifrance.gouv.fr)).

## 3.4. Conclusioni e linee di prosecuzione dell'indagine.

Come dimostra la casistica passata in rassegna, le norme penali nazionali attuative del *Facilitators package* sono in grado di raggiungere e colpire un ampio ventaglio di condotte realizzate con finalità umanitaria, accomunandole sotto il profilo della qualificazione giuridica a quelle dei veri e propri *smugglers*. La circostanza che, quanto meno in Italia, ad oggi non siano state pronunciate sentenze di condanna nei confronti di soccorritori o di altri soggetti animati da spirito di solidarietà, non può essere valorizzata per liquidare il problema in esame come meramente teorico: e ciò non solo per l'ovvia (ma al contempo fondamentale) considerazione che, al di là del suo esito, il processo penale reca in ogni caso con sé un significativo carico di sofferenza; ma anche (e forse soprattutto) tenuto conto che l'effetto deterrente associato alla minaccia di queste sanzioni può riflettersi in una contrazione delle attività di soccorso e assistenza, con prevedibili ripercussioni negative sul piano della tutela dei diritti fondamentali, *in primis* quello alla vita delle persone che tentano la traversata del Mediterraneo o dei valichi alpini.

È certamente innegabile che le vicende descritte siano contrassegnate da marcati profili di eterogeneità, a cominciare dal fatto che trarre in salvo una persona che sta per annegare, oppure per morire di freddo lungo un sentiero di montagna percorso di notte, è cosa diversa da favorire un progetto migratorio attraverso condotte illecite, ancorché disinteressate. Mentre infatti nel primo caso non vi sono dubbi (*rectius*, non dovrebbero essercene) in merito alla radicale ingiustizia prodotta da una risposta penale che assegni prevalenza alla tutela delle frontiere rispetto a quella della vita; nel secondo caso non si può negare l'esistenza di margini di apprezzamento rientranti nell'area insindacabile della politica criminale. Sennonché, le modalità attraverso le quali i legislatori, europeo e nazionale, hanno esercitato questa discrezionalità, presta il fianco a diversi ordini di critiche, suscettibili – questo il punto – di essere incanalate in veri e propri vizi di illegittimità al metro di norme di rango costituzionale e sovranazionale: come si vedrà nel prosieguo, infatti, la previsione di una così estesa area della punibilità, unitamente all'assenza di una chiara e sufficientemente ampia scriminante umanitaria, generano una disciplina foriera di incolmabili incertezze giuridiche, disparità di trattamento e sanzioni sproporzionate.

## 4. L'illegittimità costituzionale dell'art. 12 t.u. imm. in ragione della sproporzione delle pene edittali.

Nel presente paragrafo verranno illustrate le ragioni in virtù delle quali si ritiene che la cornice edittale dell'art. 12, comma 1 t.u. imm., nonché delle ipotesi aggravate speciali di cui all'art. 12, comma 3, siano sproporzionate per eccesso, tanto nella prospettiva del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza, quanto nella prospettiva di un sindacato intrinseco sul corretto esercizio della discrezionalità legislativa in punto di dosimetria sanzionatoria<sup>79</sup>.

### 4.1. L'irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra autore del favoreggiamento e straniero favorito.

Dal punto di vista strutturale, la fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12 comma 1 configura un'ipotesi di tentativo di concorso materiale in un illecito proprio dello straniero<sup>80</sup>: essa eleva infatti a fattispecie autonoma la realizzazione di atti idonei

<sup>79</sup> Ad oggi la Corte Costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità dell'art. 12 t.u. imm. sotto profili diversi da quelli che verranno nel prosieguo esaminati. In particolare, con la sent. n. 21 del 2009 la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso in uno Stato diverso dall'Italia, sollevata con riferimento ai canoni di tassatività e determinatezza, nonché alla libertà di emigrazione (art. 35, comma 4 Cost.). Successivamente, la sent. n. 142 del 2017 ha respinto le censure rivolte al carattere asseritamente "fisso" delle pene pecuniarie di cui ai commi 3 e 3-ter.

<sup>80</sup> Si tratta, dunque, di un autonomo reato imperniato su una condotta di agevolazione che, in sua assenza, darebbe vita ad un'ipotesi di concorso di persone. Per una ancora valida disamina sul concetto di agevolazione in diritto penale nelle sue molteplici sfaccettature, v. STORTONI (1981), p. 141 ss. Si noti che il *nomen iuris* "favoreggiamento" non compare nell'art. 12 (né nella rubrica, né nella descrizione delle condotte, ad eccezione dell'ipotesi del comma 5 che incrimina chiunque "favorisce" la permanenza irregolare), bensì all'interno di altre

a procurare un ingresso irregolare, ossia ad agevolare lo straniero nel compimento di condotte integranti, laddove l'ingresso effettivamente avvenga, la contravvenzione di cui all'art. 10-bis t.u. imm. (c.d. reato di clandestinità)<sup>81</sup>. Da un lato, dunque, l'art. 12 rende punibili condotte che altrimenti non lo sarebbero (non essendo ammesso il tentativo di contravvenzione); dall'altro lato, e soprattutto, introduce un trattamento sanzionatorio *ad hoc* per il soggetto che agevola o tenta di agevolare l'ingresso, marcatamente più severo di quello riservato allo straniero favorito e dunque in deroga ai principi generali sul concorso di persone nel reato fissati dall'art. 110 c.p. (si passa infatti da una contravvenzione presidiata dall'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, ad un delitto punito con la reclusione da uno a cinque anni e la multa di 15.000 euro per ogni straniero favorito).

Alla luce di tali premesse, sorge spontaneo chiedersi a quale *ratio* politico-criminale risponda la scelta di punire più gravemente colui che tenta di favorire un ingresso irregolare, rispetto a colui che effettivamente varca la frontiera senza averne titolo. Detto altrimenti, posto che gli artt. 10-bis e 12 t.u. imm. tutelano il medesimo bene giuridico (l'ordine pubblico connesso all'ordinata gestione dei flussi migratori<sup>82</sup>), e posto altresì che le condotte incriminate risultano equivalenti dal punto di vista della potenzialità lesiva (si tratta in entrambi i casi di reati di pericolo)<sup>83</sup>, ci si interroga su quale sia la *ragionevole giustificazione* alla base della (macroscopica) disparità di trattamento riservata ai rispettivi autori; una disparità già evidente dal confronto tra le norme incriminatrici, ma destinata a diventare particolarmente "tangibile" ogniqualvolta le due condotte appartengano alla medesima vicenda concreta e l'una sia *condicio sine qua non* dell'altra.

Ci muoviamo, dunque, sul terreno più "tradizionale" del controllo di costituzionalità relativo al *quantum* della sanzione penale, basato sul confronto tra la fattispecie censurata ed un *tertium comparationis*; un controllo volto a rintracciare eventuali disarmonie sanzionatorie del catalogo legislativo, censurabili allorquando si risolvano in «*sperquazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione*»<sup>84</sup>. Si tratta allora di verificare se la scelta legislativa di differenziare in maniera così marcata il trattamento sanzionatorio riservato a chi *favorisce* un ingresso irregolare, da un lato, rispetto a quello previsto per chi *compie* l'ingresso medesimo, dall'altro lato, risponda o meno ad una ragionevole giustificazione; in difetto della quale l'art. 12 comma 1 risulterebbe illegittimo per violazione del canone costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Tale ragionevole giustificazione risulterebbe facilmente rintracciabile se il fatto tipico del favoreggiamento fosse arricchito da elementi capaci di limitarne la portata applicativa alle ipotesi di vero e proprio *traffico di migranti*: se cioè il legislatore avesse configurato la fattispecie *ex art. 12 comma 1 t.u. imm.* in maniera tale da colpire soltanto coloro che, agendo per scopo di lucro, si collocano a vario titolo nel *network* criminale internazionale da cui scaturisce il mercato nero delle migrazioni irregolari. Tali condotte, infatti, mettono in pericolo il bene tutelato (lo ricordiamo: l'ordine pubblico connesso all'ordinata gestione dei flussi migratori) in maniera qualitativamente superiore rispetto a quelle del singolo straniero che attraversa i

disposizioni del Testo Unico che lo richiamano, segnatamente l'art. 4, comma 3; l'art. 22 co. 5-bis lett. a); l'art. 27-*quater* co. 10 lett. a).

<sup>81</sup> Per analogia affermazione rispetto al favoreggiamento della prostituzione, v. C. Cost. n. 141/2019: «*Il favoreggiamento, del resto, non è altro che una forma di concorso materiale nella prostituzione altrui (pur con la particolarità che [...] nell'occasione è punito solo il compartecipe e non l'autore del fatto)*» (n. 8 del considerato in diritto).

<sup>82</sup> Rispetto all'art. 10-bis, v. C. Cost., sent. n. 250 del 2010: «*Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è [...] agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori [...] un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata*» (n. 6.3 del considerato in diritto). Rispetto all'art. 12, v. *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 8.10.2015 (dep. 28/12/2015), n. 50561: «*il bene giuridico protetto dal delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina - anche nelle ipotesi aggravate e dunque anche in un'ottica attenta alla tutela dei "soggetti deboli" (da qui l'inasprimento sanzionatorio per talune ipotesi aggravate) è principalmente costituito dall'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori che si traduce nell'interesse all'ingresso legale dello straniero*». Né si potrebbe affermare che l'art. 12 t.u. imm. abbia natura plurioffensiva: al riguardo, si è correttamente osservato che la tutela dell'incolumità e della dignità dei migranti coinvolti rappresenta solo un elemento incidentale della fattispecie, rientrando tra le circostanze aggravanti di cui ai commi 3 e ss.: v. CAPUTO (2012), p. 90-91 (sulla natura di mere aggravanti di tali ipotesi, v. da ultimo la già richiamata pronuncia delle Sezioni Unite 21.6.2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937).

<sup>83</sup> La natura di reato di pericolo, evidente nella struttura dell'art. 12, deve essere riconosciuta anche all'art. 10-bis, in quanto l'effettivo ingresso dello straniero sul territorio nazionale, pur necessario per il perfezionamento del tipo, non è di per sé in grado di arrecare un'ineffettiva lesione al macro-bene giuridico tutelato. In questo senso cfr. MASERA L., *Art. 10-bis T.U. Imm.*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo III, IV ed., 2015, Ipsoa Wolters-Kluwer, p. 2641. In ogni caso, anche laddove si ritenesse di assegnare all'art. 10-bis natura di reato di danno, ciò non farebbe altro che incrementare la sperquazione oggetto d'esame, posto che il legislatore avrebbe punito con una pena meno severa una più grave offesa del medesimo interesse.

<sup>84</sup> C. Cost., sent. n. 68 del 2012, n. 4 del considerato in diritto. Sul tema, v. MANES, NAPOLEONI (2019), pp. 357 ss.; DODARO (2012), pp. 178 ss.

confini senza averne titolo; sicché con riferimento ad esse risulterebbe giustificata, anche per ragioni di allarme sociale, una più intensa risposta punitiva. Questa logica, del resto, è rintracciabile negli strumenti di diritto internazionale che hanno via via introdotto obblighi di incriminazione del traffico di migranti: la Convenzione OIL del 1975 sui lavoratori migranti, finalizzata al contrasto dei traffici transfrontalieri di lavoratori stranieri e della loro *occupazione in condizioni abusive*; la già richiamata Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1985, così come il pure già menzionato Protocollo di Palermo del 2000, entrambi recanti l'obbligo di sanzionare penalmente condotte di favoreggiamento compiute *a scopo di lucro*<sup>85</sup>.

Nel caso del *Facilitators package* e dell'art. 12 comma 1 t.u. imm., tuttavia, la nozione di favoreggiamento è stata costruita in maniera tale da attrarre al suo interno un ventaglio molto più ampio di condotte, che spaziano dall'estremo dello *smuggling* vero e proprio fino all'estremo opposto dell'aiuto per finalità umanitarie o comunque altruistiche. Proprio rispetto a queste ultime, cioè alle condotte connotate dal disvalore più basso tra quelle astrattamente riconducibili all'area dell'illecito, non si riscontra alcuna ragionevole giustificazione per la previsione di sanzioni che, sebbene non eccessive in termini assoluti (specie con riguardo al minimo edittale di un anno di reclusione), risultano significativamente più severe di quelle comminate per il c.d. reato di clandestinità (assunto, come detto, a *tertium comparationis*).

Si potrebbe invero ritenere che il legislatore, nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità politica, sia libero di considerare più rimproverabile colui che aiuta taluno a commettere l'illecito, rispetto a colui che, in prima persona, viola le frontiere perseguendo una naturale propensione al miglioramento delle proprie condizioni di vita. Si tratterebbe, *mutatis mutandis*, della medesima valutazione compiuta con riguardo ai rapporti tra la fattispecie di evasione (art. 385 c.p.) e quella di *procurata* evasione (386 c.p.), dove l'anelito di libertà sottostante alla prima giustifica il trattamento sanzionatorio più mite ad essa riservato<sup>86</sup>. Tali considerazioni, se per un verso giustificano, sul piano astratto, la legittimità di scelte politico-criminali improntate ad una ragionevole differenziazione tra concorrenti nella medesima offesa, per altro verso non esauriscono il giudizio in ordine al buon governo che il legislatore abbia fatto della propria discrezionalità. Invero, mentre con riguardo ai rapporti tra gli artt. 385 e 386 c.p. lo scarto sanzionatorio risulta ragionevolmente contenuto (si tratta in entrambi i casi di delitti, e si passa dalla pena da uno a tre anni a quella da sei mesi a cinque anni), altrettanto non si può certo dire con riguardo ai rapporti tra gli artt. 10-bis e 12 t.u. imm.: qui infatti assistiamo (giova rammentarlo) ad una mutazione del tipo di illecito (da contravvenzione a delitto), accompagnata da un radicale cambio di passo sul fronte sanzionatorio (dalla sola pena pecuniaria di modesto importo, alla pena detentiva congiunta a quella pecuniaria di rilevante importo).

Si tratta di un divario talmente ampio da gettare un'ombra di irragionevolezza sulla scelta di far ricadere nell'art. 12 anche le condotte di *mero aiuto all'ingresso*, prive cioè di un sufficiente *differenziale di disvalore* rispetto a quelle ricadenti nell'art. 10-bis. Prendendo a prestito le parole della Consulta, ci troviamo dunque di fronte ad una *«sperequazione sanzionatoria tra fattispecie omogenee non sorretta da alcuna ragionevole giustificazione»*, come tale censurabile dal Giudice delle leggi senza violare l'area insindacabile della discrezionalità del legislatore.

Né si potrebbe sostenere che la discrezionalità del legislatore italiano sia sul punto vincolata dal *Facilitators package*. Sebbene infatti, come a più riprese ricordato, la direttiva 2002/90/CE imponga la criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare *tout court*, senza

<sup>85</sup> V. *supra*, par. n. 1.

<sup>86</sup> In questo senso ANTOLISEI (2008), p. 583; FIANDACA-MUSCO (2012), p. 429. Gli altri casi nei quali la Consulta ha già avuto occasione di occuparsi di questioni per certi aspetti analoghe a quella appena prospettata riguardavano differenze di trattamento sul piano dell'*an* e non del *quantum* della sanzione. Si trattava cioè di ipotesi riconducibili allo schema del concorso in un fatto penalmente irrilevante (perché lecito o perché soggetto a sanzione amministrativa). In questa prospettiva è stata giudicata legittima la disparità di trattamento generata dal referendum sulle sostanze stupefacenti del 1993 (referendum abrogativo indetto con d.P.R. 25 febbraio 1993, il cui esito è stato sancito dal d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171.), che ha depenalizzato l'acquisto e la detenzione per uso personale, a fronte della perdurante rilevanza penale della cessione a titolo gratuito di modica quantità (attività logicamente e necessariamente propedeutica all'uso personale depenalizzato): la Corte ha infatti ritenuto che la scelta di *«ostacolare in ogni caso la fase terminale costituita dalla distribuzione al minuto»* sia coerente con l'obiettivo di politica criminale legittimamente perseguito dal legislatore, ossia *«il contrasto della diffusione della droga»* (sentenza n. 296 del 1996). Più di recente, i Giudici delle leggi non hanno ravvisato profili di irragionevolezza nella criminalizzazione del favoreggiamento di un'attività di per sé lecita come la prostituzione, in quanto coerente con l'approccio (c.d. abolizionista) che si prefigge di eliminare la compravendita di prestazioni sessuali non già colpendo *«quelle che sono in realtà vittime del sistema sociale»*, bensì *«reprimendo severamente le attività ad essa collegate – quali l'induzione, il lenocinio, lo sfruttamento o anche il semplice favoreggiamento (le «condotte parallele») – così da non consentire alla prostituzione di svilupparsi e di proliferare»* (sent. n. 141 del 2019, nn. 4.3. e 6.2. del considerato in diritto). Per un commento critico alla decisione, cfr. CADOPPI (2019), pp. 1653 ss.

ulteriori specificazioni (a differenza di quanto prevede per il favoreggiamento della *permanenza*, dove lo scopo di lucro è un elemento costitutivo dell'illecito), nondimeno l'obbligo di prevedere sanzioni *detentive* scatta, ai sensi della decisione quadro 946/2002/GAI, soltanto per le condotte più gravi, individuate proprio attraverso gli elementi caratteristici dello *smuggling* (ossia lo scopo di lucro, accompagnato alternativamente dalla presenza di un'organizzazione criminale o dal rischio per la vita dei migranti: cfr. art. 1, par. 3). Ne deriva che nulla avrebbe impedito al legislatore italiano, anche sotto il profilo dell'adempimento degli obblighi di incriminazione di fonte europea, di avvicinare la risposta sanzionatoria prevista per il favoreggiamento privo di scopo di lucro a quella prevista per l'omogeneo reato *ex artt. 110, 10-bis*.

Tanto è vero che in questo senso si sono orientati altri Stati Membri dell'Unione europea aventi tradizione giuridica vicina a quella italiana: in base ai dati raccolti dalla Commissione europea nel 2017<sup>87</sup>, sette Stati prevedono alternativamente la pena detentiva o pecuniaria (Germania, Spagna, Paesi Bassi, Svezia, Finlandia, Estonia, Lituania); mentre altri sei prevedono la possibilità di applicarle congiuntamente o alternativamente (Belgio, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Cipro, nonché, al di là della sua recente uscita dall'Unione, Regno Unito). Significativamente, in Germania è prevista un'autonoma ipotesi di favoreggiamento solo in presenza di dolo di profitto (e in altri casi aggravati), mentre per le ipotesi base trova applicazione la disciplina generale del concorso di persone nel reato di immigrazione irregolare<sup>88</sup>: un risultato analogo a quello che si otterrebbe in Italia attraverso il già richiamato schema generale *ex artt. 110 c.p., 10-bis*.

L'irragionevole disparità di trattamento rilevata, ancorché non sanabile in via interpretativa, appare peraltro suscettibile di essere eliminata dalla Consulta, attraverso una pronuncia manipolativa che ristabilisca la proporzione della risposta sanzionatoria, senza tuttavia sconfinare nell'area del merito legislativo. Le descritte affinità, sul piano della struttura e dell'oggettività giuridica, che intercorrono tra il favoreggiamento dell'ingresso irregolare ed il concorso materiale nel reato di clandestinità, consentono infatti di estendere al primo lo stesso apparato sanzionatorio del secondo, in base al tradizionale schema delle "rime obbligate"<sup>89</sup>, o comunque – parafrasando le parole della più recente giurisprudenza della Corte – avendo a disposizione un sicuro punto di riferimento, rinvenibile nel sistema legislativo, idoneo ad eliminare la manifesta irragionevolezza riscontrata<sup>90</sup>: quanto alla *fattispecie base* di cui all'art. 12, comma 1, proporzionata al disvalore del fatto sarà la *stessa pena che sarebbe applicabile a titolo di concorso di persone nell'art. 10-bis*. Si noti che tale soluzione, oltre a ricondurre a coerenza le scelte sanzionatorie delineate dall'ordinamento penale a tutela del bene giuridico ordine pubblico-integrità delle frontiere, mantenendosi al contempo nei margini di apprezzamento statale concessi dagli obblighi di incriminazione europei (i quali, giova ricordarlo, *non* impongono l'adozione di sanzioni *detentive* ai di fuori dei casi più gravi), soddisfa anche l'inequivoca volontà del legislatore

<sup>87</sup> EU Commission, *EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package* (2017), pp. 84-87.

<sup>88</sup> Tale risultato è ottenuto attraverso il combinato disposto degli artt. 26 e 27 StGB, che disciplinano il concorso di persone, con l'art. 95 par. 3 Aufenthaltsgesetz (Legge in materia di immigrazione), che stabilisce la pena di un anno di reclusione o la pena pecuniaria nei confronti dello straniero irregolare. Il delitto di *smuggling of migrants* è autonomamente punito con pene più severe (da tre mesi a cinque anni di reclusione) ai sensi successivo art. 96, e la sua integrazione dipende dalla finalità di profitto, dalla reiterazione delle condotte ovvero dall'elevato numero di persone trasportate. Il testo della normativa tedesca è reperibile, anche con traduzione inglese ufficiale, al seguente indirizzo: [https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg\\_2004/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/index.html).

<sup>89</sup> Considerata l'identità strutturale tra i due illeciti in questione, ci pare, questo, un caso in cui il *tertium comparationis*, oltre a dimostrare la sproporzione, fornisce altresì il riferimento "rime obbligate" per l'intervento ortopedico della Corte; sulla duplice funzione del *tertium*, cfr. MANES, NAPOLEONI (2019), p. 358. Sulla garanzia offerta da tale schema rispetto ai rischi di indebite invasioni nel merito delle scelte politico-criminali, cfr. MANES (2016), p. 2110; BARTOLI (2019), p. 978; CONSULICH (2019), p. 1242-1243.

<sup>90</sup> Giova a tale proposito ricordare come la stessa Corte si sia progressivamente affrancata dal rigido schema delle "rime obbligate", ritenendo sufficiente (e peraltro «essenziale») che l'ordinamento metta disposizione «precisi punti di riferimento e soluzioni già esistenti», e non necessariamente «un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima», così da consentire alla Corte «di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia» (C. Cost. n. 222 del 2018, n. 8.1. del considerato in diritto, con richiami alla sent. n. 236 del 2016); nello stesso senso, da ultimo, la sent. n. 40 del 2019 (n. 4.2. del considerato in diritto). L'inizio della nuova stagione è registrato dalla Relazione sull'attività della Corte nel 2019, cfr. CARTABIA (2020), p. 9: «Proseguendo lungo una linea di sviluppo già affermatasi negli ultimi anni, la Corte, a fronte di un vizio di illegittimità costituzionale, non si astiene dal decidere nel merito per mancanza di "soluzioni costituzionalmente obbligate", ovvero di risposte a "rime obbligate", per riprendere una fortunata espressione di Vezio Crisafulli. Mentre in passato la Corte, trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, ora sempre più frequentemente, pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, la Corte decide nel merito, poggiando su previsioni normative già presenti nell'ordinamento e specificamente già rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio». Per un'ampia trattazione della "rimeditazione" in atto della dottrina delle "rime obbligate", v. ora TEGA (2020), pp. 101 ss. In precedenza, per spunti e approfondimenti di cui non è possibile dare conto in questa sede, v. i numerosi commenti alle citate pronunce nn. 222/2018 e 40/2019: GALLUCCIO (2018); LEONE (2019), p. 183 ss.; NATALE (2019); PISA (2019), 216 ss.

italiano di *anticipare* la risposta penale al *tentativo* di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (volontà, del resto, pure perfettamente in linea con gli obblighi di incriminazione europei<sup>91</sup>): la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, infatti, troverebbe applicazione non soltanto a fronte di un ingresso *compiuto* (come accadrebbe se l'imputazione fosse formalizzata *ex artt.* 110 c.p., 10-*bis* T.U. imm.), bensì già in presenza di *atti diretti a procurare* l'ingresso irregolare.

Giova per inciso sottolineare come tale intervento manipolativo da parte della Consulta non influirebbe negativamente sul contrasto alle (autentiche) condotte di traffico di migranti, le quali continuerebbero ad essere sanzionate ai sensi dei commi 3 e ss. dell'art. 12, in quanto riconducibili alle ipotesi aggravate che prendono in considerazione proprio gli elementi caratterizzanti del mercato nero delle migrazioni (*in primis* il dolo specifico di profitto di cui al comma 3-*ter*).

## 4.2.

### *La sproporzione "intrinseca" della cornice edittale nella prospettiva della finalità rieducativa della pena.*

In anni recenti, con sempre maggiore frequenza, la Corte Costituzionale si è mostrata aperta ad un controllo sulla proporzionalità della pena basato su un sindacato intrinseco di ragionevolezza, aggiungendo così al tradizionale schema c.d. triadico (norma censurata + norma costituzionale + *tertium comparationis*) un più incisivo<sup>92</sup> schema diadico o binario di valutazione del corretto esercizio della discrezionalità legislativa in punto di comminatoria edittale alla luce del disvalore del fatto<sup>93</sup>. Il parametro di tale giudizio è stato individuato nel combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., capace di offrire una visuale teleologica della proporzionalità sanzionatoria, nel senso che «una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa»<sup>94</sup>. Ulteriore parametro di riferimento, trattandosi di materia in cui gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione europea<sup>95</sup>, è rappresentato dal principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49 par. 3 della Carta dei diritti fondamentali UE<sup>96</sup>, disposizione che la Consulta ha già avuto occasione di richiamare quale limite alla discrezionalità del legislatore italiano discendente dall'appartenenza all'Unione (artt. 11, 117 Cost.)<sup>97</sup>.

Pionieristica, nella prospettiva del sindacato intrinseco sulla proporzionalità della pena, la

<sup>91</sup> La citata Direttiva 2002/90/CE, infatti, richiede espressamente che la nozione di favoreggiamento ricomprenda anche il tentativo (art. 2, par. 1, lett. c).

<sup>92</sup> L'impatto del nuovo approccio è reso evidente dalla serie di *declaratorie di illegittimità* che ha finora prodotto: C. Cost. n. 236 del 2016, che ha dichiarato illegittima la pena edittale prevista dall'art. 567 comma 2 c.p. per l'alterazione di stato civile del minore mediante falso, sostituendola con quella più mite di cui al comma 1 della stessa disposizione; C. Cost. n. 222 del 2018, che ha dichiarato illegittima la previsione di pene accessorie di durata *pari a* dieci anni, anziché *fino a* dieci anni, per i delitti di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 ult. comma l.f.; C. Cost. n. 40 del 2019, che ha dichiarato illegittima la pena minima di otto anni prevista per le fattispecie di cui all'art. 73 comma 1 t.u. stupefacenti, sostituendola con quella di sei anni; C. Cost. n. 112 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità delle sanzioni amministrative "punitive" previste per l'abuso di informazioni privilegiate dall'art. 187-sexies t.u.i.f., segnatamente la previsione della confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, anziché del solo profitto. Quest'ultima pronuncia si segnala anche per un breve *excursus* sulle linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in materia di controllo intrinseco di ragionevolezza (considerato in diritto, nn. 8.1.1. e ss.).

<sup>93</sup> Per un'ampia ricostruzione ragionata del percorso compiuto dalla Corte, v. MANES, NAPOLEONI (2019), p. 349 s., 365 ss.; per una lettura che valorizza lo spostamento del baricentro del sindacato di costituzionalità sulla tutela dei diritti, v. PUGIOTTO (2019), pp. 791 ss.; per una lucida analisi delle diverse tipologie di sindacato ormai rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, accompagnata da puntuali moniti in ordine ai loro delicati rapporti con il "merito" legislativo (e da un certo scetticismo rispetto alla possibilità di abbandonare il modello triadico nel contesto del sindacato sul *quantum* sanzionatorio), v. BARTOLI (2019), 977 ss.; sul sindacato intrinseco di ragionevolezza riferito all'intero ordinamento (e non solo al diritto penale), v. CARTABIA (2016), p. 468-469; sulla "proporzionalità" come "idea guida" del rapporto tra delitti e pene, v. PULITANÒ (2017), p. 49.

<sup>94</sup> C. Cost. n. 222 del 2018, considerato in diritto n. 7.1. Nello stesso senso C. Cost. n. 236 del 2016 (sulla quale v. anche *infra* nel testo): «laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso» (considerato in diritto, n. 4.2.).

<sup>95</sup> Si tratta, come è noto, della condizione di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali agli Stati membri fissata dall'art. 51, par. 1 della stessa Carta. Nelle materie in cui è applicabile, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1 TUE).

<sup>96</sup> Sul principio di proporzionalità delle pene nella Carta dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, v. SOTIS (2012), 111 ss. In base a quanto previsto dalle Spiegazioni ufficiali relative alla Carta, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (C 303/17), l'art. 49 par. 3 "riprende il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità".

<sup>97</sup> Cfr. sent. n. 112 del 2019, n. 8.2.4 del considerato in diritto.

sentenza n. 341 del 1994, che ha ritenuto illegittima per sproporzione la pena minima prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale (sei mesi di reclusione), affermando che «il principio di proporzionalità nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (considerato in diritto, n. 2)<sup>98</sup>. Proprio questo schema di giudizio può essere efficacemente replicato rispetto alla fattispecie oggetto della presente disamina. Parafrasando la Corte Costituzionale, si può infatti sostenere che l'art. 12 comma 1 t.u. imm., pur essendo presumibilmente idoneo a dispiegare una certa efficacia deterrente rispetto alle condotte agevolatrici di ingressi irregolari, nondimeno produca svantaggi, in termini di sacrificio dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti (tanto l'autore del reato quanto, come vedremo, gli stessi migranti favoriti), superiori rispetto ai vantaggi inerenti alla tutela dell'ordine pubblico *sub specie* di integrità delle frontiere; e così facendo pregiudichi irrimediabilmente, “*ab initio*”, quel processo rieducativo che invece dovrebbe perseguire.

Al fine di pervenire a tale conclusione, conviene anzitutto soffermarsi più da vicino sulle scansioni fondamentali che caratterizzano il sindacato della Corte Costituzionale in materia di proporzionalità sanzionatoria “intrinseca”. Soccorre, a tal fine, la già richiamata sentenza n. 236 del 2016, che ha sviluppato e portato a compimento gli “spunti” di cui alla sentenza del 1994<sup>99</sup>, dichiarando l'illegittimità costituzionale del quadro edittale previsto per il delitto di alterazione di stato civile di un neonato realizzato mediante falsità nella formazione dell'atto di nascita (art. 567, comma 2 c.p.). In quella sede la Corte ha articolato il proprio sindacato in due passaggi fondamentali. Anzitutto ha ritenuto che la fattispecie incriminatrice fosse talmente ampia da attrarre anche condotte caratterizzate da un disvalore minimo, segnatamente quelle in cui «l'obiettivo dell'agente – sia pur perseguito, in un'ottica scorretta, mediante la commissione di un falso – sia effettivamente quello di attribuire un legame familiare al neonato, che altrimenti ne resterebbe privo» (n. 4.2. del considerato in diritto). In secondo luogo, proprio rispetto a tali situazioni contrassegnate da minore disvalore, la Consulta ha statuito che «l'applicazione, pur nel minimo edittale, della sanzione stabilita dalla disposizione censurata risulta manifestamente irragionevole per eccesso, in violazione dell'art. 3 Cost., e si pone altresì in contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena, poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto soprasso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo, in violazione dell'art. 27 Cost.» (*ibidem*).

Come è stato autorevolmente chiarito in sede di commento della sentenza, attraverso tale scansione motivazionale “bifasica” la Corte ha dato un importante contributo alla cristallizzazione dei passaggi fondamentali in cui si articola la verifica in ordine alla violazione del *divieto di comminare pene manifestamente sproporzionate per eccesso*<sup>100</sup>: anzitutto occorre individuare, all'interno del perimetro tracciato dalla fattispecie astratta, quelle “classi di ipotesi” che si collocano «nel livello più basso tra le fasce di gravità in cui i casi rientranti nella fattispecie possono idealmente ordinarsi»<sup>101</sup>; in secondo luogo occorre verificare se, rispetto a tali “classi di ipotesi”, il giudice sia comunque costretto ad irrogare una pena che, pur attestandosi sul minimo edittale, appaia comunque eccessiva in rapporto alla gravità del fatto.

Ebbene, non solo tale scansione appare riproducibile anche rispetto all'art. 12, comma 1

<sup>98</sup> Il principio, per vero, è testualmente già rinvenibile nella precedente sentenza n. 409 del 1989, che aveva dichiarato illegittima la pena edittale (da due a quattro anni di reclusione) prevista per il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza (art. 8, comma 2 della legge 15 dicembre 1972, n. 772, recante “Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza”). In quel caso, tuttavia, la Corte si era avvalsa dello schema triadico, utilizzando quale *tertium comparationis* il reato di mancanza alla chiamata di cui all'art. 151 c.p.m.p., presidiato da una pena significativamente più mite (da sei mesi a due anni di reclusione) pur a fronte di assimilabili modalità di lesione dello stesso interesse (la regolare incorporazione degli obbligati al servizio di leva nell'organizzazione militare).

<sup>99</sup> Così VIGANÒ (2017), p. 65. La soluzione cui è pervenuta la Corte ha raccolto i consensi dei commentatori, benché con alcuni distinguo e precisazioni con riferimento agli argomenti utilizzati per giungervi: DOLCINI (2016), p. 1961; MANES (2016), p. 2108 ss.; D'AMICO (2016), p. 19; VIGANÒ (2017), p. 66; PULITANÒ (2017), p. 53; LEO (2017), p. 13; DI LELLO FINUOLI (2017), p. 1435 ss.; COTTU (2017), p. 481; INSOLERA (2017), p. 200.

<sup>100</sup> VIGANÒ (2017), p. 65-66; con riguardo alla necessità di condurre un vaglio intrinseco e *positivo* di ragionevolezza (anziché solo di “non manifesta irragionevolezza”), tenuto conto dell'interferenza del diritto penale con i diritti fondamentali dei soggetti raggiunti dalla sanzione, v. VIGANÒ (2010b), p. 3021; aperture in questo senso affiorano anche in CARTABIA (2020), p. 21, segnatamente laddove si sottolinea l'abbandono del tradizionale approccio deferente della Corte nei confronti, tra l'altro, delle scelte sanzionatorie, «nella consapevolezza che maggiormente incidono sui diritti fondamentali della persona, e che pertanto più appaiono bisognosi di un penetrante controllo da parte della Corte»; sulla progressiva (ma tuttora lenta) emersione dello *strict scrutiny* nella giurisprudenza della Corte, v. MANES, NAPOLEONI (2019), p. 367, 370.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

t.u. imm., ma i suoi risultati conducono inevitabilmente a ravvisare nella sua cornice edittale quella sproporzione nella quale si sostanzia il *vulnus* agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. Invero, le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare caratterizzate da un disvalore particolarmente tenue sono precipuamente quelle in cui l'autore del reato agevola o tenta di agevolare l'ingresso non in quanto animato da finalità di ingiusto profitto, bensì in quanto persegue scopi solidaristici o umanitari, a beneficio di soggetti in pericolo o comunque portatori di vulnerabilità, come i minori o coloro che provengono da Paesi insicuri. Particolarmente significativa l'affinità di tali ipotesi con quelle prese in considerazione dalla Corte Costituzionale: l'obiettivo dell'agente, infatti, seppur "scorrettamente perseguito" attraverso la commissione di un illecito, è in ultima analisi quello di favorire un soggetto vulnerabile. Rispetto a tali condotte "a basso tasso di disvalore", il giudice si trova comunque obbligato ad applicare una pena che appare manifestamente eccessiva anche nel suo minimo edittale (un anno di reclusione e multa di 15.000 euro per ogni persona). Non si vede infatti quale utile funzione potrebbe svolgere, sotto il profilo della necessaria finalità rieducativa, una pena rivolta a chi, al fine non già di avvantaggiare se stesso bensì di assistere una persona bisognosa, abbia commesso un illecito il cui disvalore risiede nella violazione della disciplina amministrativa che regola l'ingresso degli stranieri nel territorio.

Le considerazioni svolte evidenziano il *vulnus* arrecato dalla cornice edittale dell'art. 12, comma 1 al principio sovra-legislativo di proporzionalità della pena. Invero, è da ritenersi che, nel configurare tale fattispecie, il legislatore non si sia attenuto al canone in parola, avendo configurato come delitto, dotato di severe pene detentive e pecuniarie, condotte suscettibili di arrecare un'offesa trascurabile al bene giuridico tutelato.

È certamente vero – si anticipa qui una possibile obiezione al ragionamento condotto – che nel caso deciso dalla sent. 236 del 2016 il quadro edittale era molto più severo di quello previsto dall'art. 12 comma 1 t.u. imm. (l'art. 567 comma 2 prevedeva infatti la reclusione da cinque a quindici anni). Tuttavia, per quanto non si possa dubitare che in quel caso il giudizio di sproporzione fosse *ictu oculi* più agevole, è bene sottolineare che il controllo sulla proporzionalità della pena ha necessariamente carattere *relativo*: sicché è possibile che una sanzione di per sé contenuta (e che consente l'accesso alla sospensione condizionale, alle misure alternative e via dicendo) sia comunque eccessiva se parametrata all'esiguo disvalore del fatto; come del resto dimostra il precedente di cui alla citata sentenza n. 341 del 1994, che ha censurato il minimo edittale di soli sei mesi di reclusione previsto per la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale.

A ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione. Molte delle condotte nelle quali si manifesta la solidarietà a favore di stranieri sono suscettibili di ricadere in una o più delle circostanze aggravanti di cui all'art. 12 comma 3, dotate di un'autonomia e particolarmente severa cornice edittale<sup>102</sup>: da cinque a quindici anni di reclusione, congiuntamente alla multa di 15.000 euro per ogni straniero favorito; pene suscettibili di ulteriore aumento fino ad un terzo, e non bilanciabili con eventuali attenuanti, nel caso in cui ricorrano più ipotesi tra quelle indicate (art. 12, comma 3-bis). Si pensi, in particolare, alla circostanza dell'ingresso irregolare di cinque o più persone (lett. a) ed a quella di concorso di tre o più persone (lett. d), congiuntamente applicabili agli equipaggi delle ONG che conducono in Italia decine di migranti soccorsi in mare. Si pensi, ancora, alle aggravanti dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto o di documenti contraffatti (pure previste nella lett. d), entrambi frequentemente utilizzati da chi tenta di far giungere in Europa un familiare che non ne avrebbe titolo, come nel caso precedentemente illustrato del Sindaco Lucano. La sproporzione sanzionatoria che, come dimostrato, già emerge rispetto alla fattispecie base di cui al comma 1 dell'art. 12, risulta in questi casi – nient'affatto marginali – ancora più macroscopica.

Quanto infine al rimedio che consente di riportare la legge nel solco della legittimità costituzionale, esso coincide, per l'ipotesi di cui al comma 1, con quello già individuato a proposito della censura basata sul criterio di uguaglianza-ragionevolezza, ossia la sostituzione del quadro sanzionatorio con quello previsto per il concorso nel reato di clandestinità<sup>103</sup>. Invero, anche

<sup>102</sup> Sulla natura circostanziale dell'art. 12 comma 3, per alcuni anni oggetto di contrasto tra gli interpreti, v. ora Cass. pen., Sez. Un., 21.6.2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937. Per una serie di convincenti rilievi critici sulla soluzione adottata dalle Sezioni Unite, pur in assenza di una soluzione davvero univoca al quesito interpretativo, v. BASILE (2019).

<sup>103</sup> Si tratta di un *modus operandi* assimilabile a quello adottato dalle già menzionate pronunce n. 236 del 2016 (che ha sostituito la cornice edittale prevista dal censurato art. 567, comma 2 con quella più mite prevista dal comma 1 della stessa disposizione) e n. 222 del 2018 (che, in materia di pene accessorie per i delitti di bancarotta fraudolenta, ha sostituito la pena fissa dell'inabilitazione pari a dieci anni prevista dall'art.

nel campo del sindacato intrinseco sulla proporzionalità della pena, la disponibilità di un valido *tertium comparationis* – ancorché soltanto a valle del rilevamento del *vulnus* – consente al Giudice delle leggi interventi manipolativi che non intacchino la discrezionalità legislativa, offrendogli soluzioni già rinvenibili nel sistema positivo<sup>104</sup>.

Per quanto invece riguarda le circostanze aggravanti di cui al comma 3, occorre separare il discorso relativo a quelle di cui alle lettere a) e d), che come visto non appaiono in grado di evidenziare un *surplus* di disvalore capace di giustificare l'incremento sanzionatorio previsto, la cui sorte sarebbe dunque quella dell'annullamento per manifesta sproporzione; dal discorso relativo alle aggravanti di cui alle restanti lettere, le quali in effetti appaiono in grado di selezionare condotte integranti vero e proprio *smuggling of migrants*<sup>105</sup> e che pertanto potrebbero rimanere invariate.

## 5. L'illegittimità costituzionale della “scriminante umanitaria”: l'irragionevole esclusione delle condotte di favoreggiamento di ingressi irregolari.

L'art. 12, comma 2 t.u. imm. stabilisce che “fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello stato”. A prima vista, dunque, il legislatore si era premurato di evitare che, per effetto dell'ampio ambito di applicazione dell'art. 12, ricadessero nell'area della punibilità anche condotte consistenti in attività di soccorso ed assistenza umanitaria. Lo strumento prescelto era stato una causa di giustificazione, espressione di un bilanciamento tra il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice (l'ordine pubblico connesso all'ordinata gestione dei flussi migratori) e l'esigenza di salvaguardare l'esercizio della solidarietà nei confronti di soggetti in pericolo o comunque vulnerabili<sup>106</sup>. Sennonché, l'espressa delimitazione territoriale della scriminante, rivolta alle sole attività “prestate in Italia” nei confronti di stranieri “comunque presenti nel territorio dello stato”, ha finito per restringerne il campo di applicazione al punto da renderla non solo scarsamente utile, ma anche – come ci si appresta ad illustrare – illegittima per violazione del canone di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.).

A tale riguardo giova anzitutto ricordare che, pronunciandosi proprio con riferimento all'ambito di applicazione di una causa esimente della responsabilità penale, la Corte Costituzionale ha affermato che «il legislatore, una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità»<sup>107</sup>. In tale occasione la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 384 comma 2 c.p. nella parte in cui prevedeva, a favore di chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astensione dei prossimi congiunti *ex art. 199 c.p.p.*, l'esclusione della punibilità soltanto per le ipotesi di falsa testimonianza e false informazioni al PM, e non anche per le omogenee ipotesi di false informazioni alla polizia giudiziaria integranti favoreggiamento personale. La pronuncia segue un percorso argomentativo articolato in tre passaggi essenziali: *i)* verifica in ordine all'omogeneità delle fattispecie incriminatrici alle quali la causa esimente *si applica* (falsa testimonianza e false informazioni al PM) con quelle alle quali la stessa *non si applica* (false informazioni alla PG integranti favoreggiamento personale); *ii)* ricerca di una ragionevole giustificazione da porre alla base della mancata estensione della causa di punibilità all'ipotesi di false informazioni alla PG; *iii)* in assenza di tale ragionevole giustificazione, dichiarazione di illegittimità dell'esimente nella parte in cui, appunto, non si estende alle ipotesi irragionevolmente pretermesse.

Ebbene, analogo percorso argomentativo consente di mettere in luce l'illegittimità del-

216 l. fallim. con quella dell'inabilitazione *fino a* dieci anni prevista dagli artt. 217 e 218 della stessa legge).

<sup>104</sup> Sul punto v. LEO (2017), p. 13; MANES, NAPOLEONI (2019), p. 368-369. Come già rilevato in precedenza, la somiglianza strutturale tra i due illeciti consente a nostro avviso di inquadrare tale soluzione tra quelle a “rime obbligate”: sul punto v. *supra* alla nota n. 89.

<sup>105</sup> Tali ipotesi prendono in considerazione l'esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l'integrità fisica (lett. b), nonché la loro sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti (lett. c). La stessa idoneità selettiva dello *smuggling* vero e proprio è ravvisabile nelle condotte integranti le circostanze di cui al comma 3-ter, ossia la finalità di sfruttamento della prostituzione o lavorativo, nonché la finalità di profitto.

<sup>106</sup> Sulla natura di causa di giustificazione dell'art. 12 comma 2, v. CAPUTO (2012), p. 92.

<sup>107</sup> Sent. n. 416 del 1996, n. 4.2. del considerato in diritto.

la scriminante contemplata dall'art. 12, comma 2 t.u. imm. Come visto, il relativo ambito di applicazione è espressamente limitato alle ipotesi in cui il favoreggiamento sia prestato a beneficio di stranieri irregolari “comunque presenti sul territorio”. La disposizione, pertanto, può trovare applicazione soltanto rispetto a due ordini di condotte: quelle di favoreggiamento della *permanenza* irregolare in Italia, di cui ai commi 5 e 5-bis<sup>108</sup>; quelle di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *dall'Italia verso un altro Stato*, di cui al comma 1. Al contrario, in tutti i casi in cui si favorisca l'ingresso di taluno *dall'estero verso l'Italia*, ipotesi anch'essa ricadente nel comma 1, l'esimente non potrà essere applicata, trattandosi per definizione di condotte poste in essere a favore di qualcuno che ancora non si trova sul territorio nazionale. Ebbene, posto che tutte le menzionate fattispecie presidiano il medesimo bene giuridico (l'ordine pubblico connesso alla corretta gestione dei flussi migratori), e posto altresì che anche le rispettive modalità di offesa risultano sovrapponibili (trattandosi pur sempre di agevolare la violazione delle norme sull'immigrazione da parte di soggetti stranieri), occorre verificare se la descritta disparità di trattamento risulti o meno sorretta da qualche ragionevole giustificazione.

Sul punto risultano astrattamente prospettabili due diverse soluzioni, entrambe basate su argomenti rinvenibili all'interno di altrettante pronunce di Corti Costituzionali straniere.

In base ad una prima impostazione, la disparità di trattamento troverebbe giustificazione nel fatto che, favorendo l'ingresso dello straniero nel Paese, si crea una nuova situazione di illegalità, cosa che invece non accade quando si favorisce la mera *permanenza*, essendo in tali ipotesi lo straniero irregolare già presente sul territorio. È questo, in sintesi, l'argomento fatto proprio dal *Conseil Constitutionnel* francese nella già esaminata pronuncia del 2018 che, da un lato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'“esimente umanitaria” prevista dalla legge nazionale sull'immigrazione nella parte in cui non ricomprendeva, oltre al favoreggiamento della *permanenza* illegale, anche il favoreggiamento del *trasporto* da una località all'altra del territorio francese; dall'altro lato, ha espressamente escluso che l'ambito di applicazione dell'esimente potesse essere esteso al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, sottolineando appunto come tale condotta dia origine ad una situazione di illegalità altrimenti inesistente.

Questa impostazione, tuttavia, non convince<sup>109</sup>; e ciò per le stesse ragioni che fondano la seconda, e preferibile, soluzione. Invero, l'affermazione secondo cui la creazione di una nuova situazione di irregolarità migratoria costituisce di per sé una valida giustificazione per escludere l'applicabilità della scriminante umanitaria non appare conforme al canone di ragionevolezza che presiede al bilanciamento tra interessi contrapposti. Nel conflitto che insorge tra il rispetto delle norme amministrative sull'immigrazione, da un lato, e la situazione di pericolo o di bisogno in cui si venga a trovare uno straniero irregolare, dall'altro lato, è ragionevole ritenere che siano queste ultime a prevalere, in virtù del carattere sovraordinato che i beni giuridici personali rivestono rispetto a quelli di carattere meramente strumentale. È proprio questa la logica di fondo che attraversa la sentenza resa dalla Corte Suprema del Canada nel 2017 (caso *Appulonappa*<sup>110</sup>), la quale ha dichiarato la parziale illegittimità di una fattispecie di reato del tutto analoga a quella prevista dall'art. 12 comma 1 t.u. imm. La norma in questione era racchiusa nella Sezione 117(1) dell'*IRPA* (*Immigration and Refugee Protection Act*)<sup>111</sup>, che all'epoca dei fatti puniva con severe pene detentive il mero aiuto all'ingresso irregolare, anche quando prestato in assenza di scopo di lucro o di organizzazione criminale<sup>112</sup>. Il parametro costituzionale venuto in rilievo era la sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

<sup>108</sup> Come già sottolineato in precedenza, peraltro, l'applicabilità della scriminante in esame alle ipotesi in parola è soltanto virtuale, in quanto esse prevedono (a differenza del favoreggiamento dell'ingresso irregolare) il dolo specifico di ingiusto profitto, ossia un atteggiamento mentale ontologicamente incompatibile con la finalità umanitaria.

<sup>109</sup> Sulla necessità di riformulare l'esimente umanitaria francese in senso più ampio, ricomprendendo anche l'aiuto all'accesso irregolare, v. CHASSANG (2019), pp. 180 ss., in sede di commento critico alla sentenza del *Conseil Constitutionnel*.

<sup>110</sup> Supreme Court of Canada, *R. v. Appulonappa*, 27 Novembre 2017 (2015 SCC 59). Per un commento, v. MOFFETTE, AKSIN (2018).

<sup>111</sup> All'epoca dei fatti, la Sezione 117(1) *IRPA* era rubricata “*Organizing entry into Canada*” e formulata come segue: “*No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this act*”. Le successive sezioni 177(2) e (3) stabilivano le pene detentive e pecuniarie: fino a 2 anni e 100.000 dollari in caso di giudizio abbreviato (*summary conviction*); fino a 10 anni e 500.000 dollari in caso di prima condanna; fino a 14 anni e 1 milione di dollari per le condanne successive; fino all'ergastolo e 1 milione di dollari in caso di aiuto a 10 o più persone. La Sezione 121(1)(c), rubricata “*Aggravating factors*” prevedeva che la finalità di profitto, a prescindere dalla sua effettiva realizzazione, dovesse essere presa in considerazione nella commisurazione della pena.

<sup>112</sup> Il caso di specie ha origine nel 2009, quando una nave con a bordo 76 richiedenti asilo di etnia Tamil in fuga dalla guerra civile in Sri Lanka era stata intercettata in acque canadesi. Quattro di loro, tra cui Francis A. Appulonappa, erano stati accusati di essere le persone di fiducia dell'organizzazione criminale che aveva organizzato la tratta, dietro pagamento di somme tra i 30.000 ed i 40.000 dollari per ciascun trasportato. Dopo la condanna riportata in appello, i ricorrenti avevano agito dinanzi alla Corte Suprema lamentando l'illegittimità della norma canadese che incriminava l'aiuto all'ingresso illegale.

(incorporata nella Parte I della Costituzione canadese del 1982), che legittima la compressione dei diritti fondamentali (nella specie, la libertà personale del soggetto accusato del reato) solo laddove la limitazione abbia una giustificazione ragionevole in una società libera e democratica<sup>113</sup>. Ebbene, i giudici canadesi hanno ritenuto insoddisfacente l'argomento – addotto dal Governo – secondo cui l'ampiezza della fattispecie era finalizzata ad evitare “lacune di tutela” nel contrasto allo *smuggling of migrants*, osservando come la norma censurata fosse suscettibile di attrarre condotte che nulla hanno a che vedere con tale finalità di politica criminale, segnatamente l'assistenza umanitaria, la mutua assistenza tra stranieri e la solidarietà familiare<sup>114</sup>. Coerentemente, la Corte ha giudicato la sezione 117 «sproporzionata nel suo ambito applicativo in relazione a tre categorie di condotte: (1) aiuto umanitario a migranti irregolari, (2) aiuto reciproco tra richiedenti asilo, e (3) assistenza all'ingresso di familiari privi di regolari documenti»<sup>115</sup>. Nel dispositivo, la Corte Suprema ha stabilito che la norma incriminatrice «deve essere considerata non applicabile alle persone che prestano assistenza umanitaria, reciproca o familiare»<sup>116</sup>.

La sentenza canadese è di particolare importanza ai presenti fini per due ordini di ragioni: anzitutto in quanto costituisce un'esplicita presa di posizione, da parte di un'istanza giurisdizionale superiore, in ordine alla sproporzione tra pena detentiva e disvalore della condotta di favoreggiamento laddove quest'ultima consista in un mero contributo causale alla violazione della disciplina sull'ingresso degli stranieri; in secondo luogo – e soprattutto – perché, dall'accertata sproporzione della pena rispetto alle indicate tre categorie di condotte, trae la conclusione che queste ultime debbano essere *espunte dall'area della responsabilità penale*.

Un risultato, quest'ultimo, del tutto sovrapponibile a quello che si otterrebbe in Italia estendendo l'ambito di applicazione della scriminante umanitaria alle condotte prestate a favore di stranieri in condizioni di bisogno o di pericolo *non ancora presenti sul territorio nazionale*. Invero, al di là della categoria del reato all'interno della quale si effettua l'operazione – tipicità, secondo l'impostazione della Corte canadese; antigiuridicità, secondo la prospettiva qui adottata – il risultato verso il quale ci si muove è il medesimo: operare un ragionevole bilanciamento tra la finalità di reprimere lo *smuggling of migrants*, da un lato; e quella di non elevare a reato *qualunque* condotta che abbia come risultato (anche solo potenziale) l'ingresso di stranieri privi di regolari documenti<sup>117</sup>. Secondo i giudici canadesi, la prestazione di aiuto umanitario, la mutua assistenza tra richiedenti asilo, così come ogni atto espressione di legami familiari, non possono non prevalere, in una società libera e democratica, sull'integrità dei confini; di riflesso, imporre una pena detentiva a chi agisce tutelando tali interessi si traduce in una compressione sproporzionata del diritto alla libertà personale. Ebbene, analoghe conclusioni possono essere formulate in Italia ponendo sul piatto della bilancia, da un lato, l'integrità dei confini nazionali; dall'altro, una serie di interessi, tutelati dalla Costituzione e da fonti sovranazionali operanti come norme interposte *ex art. 11 e/o 117 Cost.*, suscettibili di entrare in conflitto con la tutela dei confini ogniqualvolta facciano capo a stranieri privi di regolari documenti di ingresso: il diritto alla vita ed all'integrità fisica (artt. 2 e 3 Carta dei diritti fondamentali UE, artt. 2 e 3 Cedu), il diritto di richiedere asilo (art. 10 Cost., artt. 18 Carta dei diritti fondamentali UE), il diritto alla vita privata e familiare (art. 29 Cost., art. 7 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 8 Cedu), il prevalente interesse del minore (art. 31 Cost.).

Si tratta di interessi la cui tutela risulta agevolmente riconducibile al concetto di “assistenza umanitaria” di cui all'art. 12 comma 2 T.U. imm. L'unico ostacolo ad una loro piena soddisfazione, pertanto, è rappresentato dalla limitazione territoriale dell'ambito di applicazione di tale disposizione. Si tratta di un limite non superabile in via analogica, contrariamente a quanto affermato da una parte degli interpreti<sup>118</sup> – i quali peraltro, proprio facendo leva sull'identità

<sup>113</sup> Si riporta il testo della disposizione: “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”.

<sup>114</sup> Si riportano i rilevanti passaggi della pronuncia: “*the true purpose of s. 117 is to combat people smuggling. The the meaning of “people smuggling” [...] excludes mere humanitarian conduct, mutual assistance or aid to family members. I conclude that section 117 violates the Charter by catching these categories of conduct outside the provision's purpose*» (para 34).

<sup>115</sup> Si riporta il passaggio originale: “*The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of section 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents*» (paragrafo n. 84).

<sup>116</sup> “*I conclude that the preferable remedy is to read down section 117 as not applicable to persons who give humanitarian, mutual or family assistance*» (paragrafo n. 85).

<sup>117</sup> Sul fondamento delle scriminanti nel bilanciamento tra interessi confliggenti, e dunque nella duplice composizione di un conflitto sociale e di uno normativo, v. per tutti CONSULICH (2018), pp. 61 ss.

<sup>118</sup> A favore dell'analogia CAPUTO (2012), p. 93-94: “*il fondamento della causa di giustificazione come sopra individuato [vale a dire la «prevalenza dell'interesse connesso alle condotte di soccorso e di assistenza umanitaria degli stranieri irregolari rispetto alle esigenze sottese alla*

di *ratio* tra le ipotesi escluse e quelle ricomprese, nonché sui valori di rango costituzionale in gioco, confermano il profilo di irragionevolezza che fonda il *vulnus* in esame – in ragione del carattere intenzionale della lacuna, rinvenibile nel suo inequivoco tenore testuale<sup>119</sup>. La limitazione territoriale in parola, in conclusione, deve considerarsi irragionevole e dunque illegittima al metro dell'art. 3 Cost.

Né si può affermare che allo stesso risultato (esclusione della responsabilità penale) si perverrebbe attraverso l'applicazione delle cause di giustificazione comuni, quali lo stato di necessità e l'adempimento del dovere: al di là delle incertezze interpretative che, come visto in precedenza, ne circondano spesso l'applicazione, il punto è che esse non coprono l'intera gamma delle condotte "umanitarie" prestate a favore di stranieri irregolari e richiedenti asilo. Si pensi al caso in cui taluno, camminando lungo un sentiero di montagna nei pressi di una frontiera alpina, si imbatta in una famiglia di stranieri evidentemente male equipaggiati che tentano di oltrepassare clandestinamente il confine: in assenza di un pericolo imminente di grave danno alla persona, la condotta consistente anche solo nel fornire loro utili indicazioni sulla direzione da seguire non sarebbe coperta né dallo stato di necessità, né dall'adempimento di un dovere. Si pensi, ancora, al caso in cui taluno aiuti un richiedente asilo ad allontanarsi dal Paese nel quale teme di subire persecuzioni, procurandogli documenti falsi o nascondendolo a bordo della propria automobile: anche qui, in assenza di un pericolo imminente, potrebbe essere assai difficile argomentare la liceità della condotta al metro degli artt. 51 e 54 c.p. Concludendo sul punto, mantenere immutata la formulazione attuale dell'art. 12 comma 2 T.U. imm., ossia escludere l'esimente umanitaria in *ogni* caso in cui la condotta si concretizzi in un contributo all'*ingresso* in Italia, significa accettare l'idea che – in situazioni come quelle descritte ed in molte altre analoghe – la tutela delle frontiere prevalga rispetto alla finalità di evitare l'insorgere di possibili (e niente affatto improbabili in quei contesti) pericoli per le persone coinvolte. Una soluzione evidentemente inaccettabile alla luce dei richiamati interessi di rango costituzionale e sovranazionale che non possono sistematicamente soccombere, nel bilanciamento al quale è chiamato il legislatore quando disciplina i flussi migratori, rispetto alla tutela delle frontiere.

Si consideri, infine, che l'eliminazione del limite territoriale dall'art. 12 comma 2 t.u. imm., e la conseguente espansione della scriminante umanitaria anche a condotte di aiuto all'*ingresso* irregolare, avrebbe l'effetto di allineare la previsione italiana alle più avanzate legislazioni europee in materia, a loro volta attuative della facoltà concessa dalla direttiva 2002/90/CE di prevedere una esimente umanitaria. Sebbene tale facoltà sia stata finora esercitata in pochi ordinamenti, e tendenzialmente con soluzioni restrittive, si segnalano anche previsioni caratterizzate da ambiti di applicazione molto ampi: in Belgio, ad esempio, sono considerate lecite le condotte poste in essere con finalità umanitaria "prevalente"<sup>120</sup>; in Spagna quelle con finalità umanitaria "esclusiva"<sup>121</sup>; ancora, in Finlandia sono considerate lecite tutte le condotte compiute con finalità umanitaria, o di solidarietà familiare, tenuto altresì conto delle condizioni di sicurezza nel Paese di provenienza del migrante<sup>122</sup>. Soprattutto, in nessuno di questi tre casi è prevista una limitazione territoriale come quella vigente in Italia.

---

*protezione dell'ordine pubblico», ibidem] non sembra offrire un valido sostegno argomentativo ad una drastica distinzione del trattamento penale delle "attività di soccorso e assistenza umanitaria" realizzate in Italia rispetto a quello relativo alle medesime attività poste in essere all'estero»; PERELLI (2018): «tale causa di esclusione dell'antigiuridicità non può non essere ancorata alla condotta punibile: quando la condotta vietata sia commessa al di fuori dei confini territoriali e, nondimeno, sussista la giurisdizione dello Stato, una interpretazione logico-sistematica costituzionalmente orientata suggerisce l'operatività di questa scriminante»; PATARNELLO (2018): «l'interpretazione letterale della norma non tiene adeguato conto dei valori costituzionali e in un certo senso bisticcia con l'ovvio, dal momento che le fattispecie penali sono sempre finalizzate a regolare condotte poste in essere nel territorio».*

<sup>119</sup> In giurisprudenza, per un'espressa esclusione dell'applicabilità dell'art. 12 comma 2 in via analogica, v. GIP Catania, decr. 27.3.2018, cit. (caso *Open Arms*). In dottrina, ritiene non percorribile la strada dell'analogia, peraltro mostrando di ritenere non del tutto irragionevole la scelta del legislatore di distinguere, ai fini dell'applicabilità dell'esimente, il favoreggiamento dell'ingresso dal favoreggiamento della mera permanenza, MASERA (2019), p. 40.

<sup>120</sup> *Loi 15 Decembre 1980 - Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, Art. 77, par. 2. Questa disposizione, riferendosi al par. 1 che incrimina la facilitazione dell'ingresso, del soggiorno e del transito, stabilisce: "L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires".

<sup>121</sup> *Código penal*, Art. 318-bis, par. 2. Questa disposizione, riferendosi al par. 1 che incrimina le condotte di facilitazione dell'ingresso o del transito, prevede che: "Los hechos no seran punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere unicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se traté".

<sup>122</sup> Codice penale finlandese, Cap. 17, Sez. 8, par. 2 (traduzione in inglese a cura del Ministero della Giustizia finlandese): "An act which, when taking into account in particular the humanitarian motives of the person committing it or his or her motives relating to close family relations, and the circumstances pertaining to the safety of the foreigner in his or her home country or country of permanent residence, and when assessed as a whole, is to be deemed committed under vindicating circumstances, does not constitute arrangement of illegal immigration".

Alla luce di quanto rilevato, la soluzione per il ripristino della legittimità costituzionale consiste nel chiedere al Giudice delle leggi di dichiarare l'illegittimità dell'art. 12, comma 2 t.u. imm. nella parte in cui prevede che non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria "prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato", anziché le medesime attività "prestate nei confronti degli stranieri, ancorché privi di titolo di ingresso o permanenza sul territorio, in condizioni di bisogno".

## 6. **L'illegittimità delle scelte di criminalizzazione sottese all'art. 12 t.u. imm. ed al *Facilitators Package*: la dottrina del *chilling effect*.**

Come da tempo evidenzia la dottrina, anche sulla scorta delle esperienze di ordinamenti vicino al nostro, il principio di proporzionalità rappresenta un parametro di legittimità non solo della pena, bensì anche, a monte, delle scelte di criminalizzazione che definiscono l'ambito della tipicità. Tale prospettiva, come ci accingiamo ad evidenziare, consente di portare alla luce un ulteriore profilo di illegittimità dell'art. 12 t.u. imm., logicamente estendibile anche alla sua "matrice" rinvenibile nel *Facilitators package*.

Lo scrutinio al quale ci riferiamo si sostanzia in una previa valutazione in ordine alla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore; seguita dalla triplice verifica in ordine alla idoneità, necessità e proporzionalità (in senso stretto) della norma incriminatrice rispetto allo scopo stesso<sup>123</sup>. Quest'ultimo, nella materia che ci occupa, corrisponde ad un'esigenza comunemente avvertita come meritevole di tutela, ossia il contrasto dell'immigrazione irregolare, a sua volta funzionale all'ordinata gestione dei flussi migratori. Ciò premesso, non paiono esservi significativi ostacoli a ritenere soddisfatti i test di idoneità e necessità: la repressione di qualunque attività di favoreggiamento, e non soltanto dello *smuggling* vero e proprio<sup>124</sup>, può essere considerata un'opzione idonea e necessaria a raggiungere lo scopo prefissato di ridurre i flussi irregolari.

A conclusioni differenti deve pervenirsi rispetto al terzo gradino dello scrutinio, quello di proporzionalità in senso stretto, teso a stabilire, secondo una logica costi-benefici, se il legislatore abbia effettuato un ragionevole bilanciamento tra gli interessi protetti attraverso la norma incriminatrice ed i diritti fondamentali che la stessa porta a sacrificare<sup>125</sup>. Con riguardo a questi ultimi, a venire in rilievo non è soltanto la libertà personale dei soggetti accusati di favoreggiamento (profilo, invero, assorbito da quanto già osservato a proposito della (s) proporzione della *pena*); bensì anche – ed ai presenti fini, soprattutto – una serie di diritti fondamentali facenti capo *agli stessi migranti* che beneficiano dell'aiuto di terzi per varcare irregolarmente le frontiere. Si tratta insomma di allargare lo sguardo ad *un fascio di interessi più ampio* rispetto a quelli rilevanti nel rapporto tra Stato e autore del reato, includendo nel bilanciamento anche gli *effetti collaterali* dell'applicazione – anzi, della stessa previsione sul piano legislativo – della norma penale oggetto di sindacato. Lo strumento concettuale che consente di effettuare tale operazione è rappresentato dalla dottrina del *chilling effect*, elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e già in uso da parte di alcune istanze superiori europee (come la Corte costituzionale tedesca e la Corte di Strasburgo), i cui potenziali impieghi nel nostro ordinamento, anche nel contesto del sindacato incidentale di costituzionalità sul rispetto del principio di proporzione, cominciano ad essere esplorati da parte della più attenta dottrina<sup>126</sup>. Come l'espressione suggerisce, il *chilling effect* richiama un effetto di deterrenza, segnatamente quello che la sanzione penale, ed *ancora prima il rischio di subire un procedimento*

<sup>123</sup> Cfr. VIGANÒ (2010a), pp. 19-21; PULITANÒ (2008), pp. 1027-1034; nonché, con riferimento alla proporzionalità a livello UE, SOTIS (2012), p. 115 ss.; DONINI (2003), p. 153 ss. Più di recente, per una ricostruzione di ampio respiro non priva di profili di originalità, *in primis* in ragione della centralità attribuita ai diritti fondamentali attinti dall'opzione punitiva oggetto di scrutinio, v. RECCHIA (2020), pp. 121 ss.

<sup>124</sup> V. il considerando n. (2) della direttiva e della decisione quadro, identicamente formulati: "occorre adottare misure volte a combattere l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tanto se correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto, quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani". Anche la Commissione europea ha recentemente ribadito che il contrasto al traffico di migranti rientra tra le finalità del *Facilitators package* e delle sue norme attuative (*EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package*, 2017, pp. 8-9).

<sup>125</sup> Sul criterio di ragionevolezza nel sindacato delle scelte di incriminazione, cfr., *ex multis*, BARTOLI (2018), 1540 ss.; PULITANÒ (2012); MANES (2007) 739 ss.; PALAZZO (1998), 350 ss.

<sup>126</sup> Cfr. l'ampia trattazione recentemente offerta da RECCHIA (2020), p. 251 ss., nell'ambito di un lavoro di ampio respiro sul principio di proporzionalità nel diritto penale, al quale si rimanda anche per gli imprescindibili riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

*penale*<sup>127</sup>, possono in taluni casi esplicitare rispetto allo svolgimento di attività socialmente utili. Si tratta, in altre parole, di un effetto di *overdeterrence* non voluto e nondimeno strettamente connesso all'ampia formulazione, oppure all'indeterminatezza, di norme incriminatrici<sup>128</sup>. Le sue manifestazioni sono numerose e non è questa la sede per passarle in rassegna<sup>129</sup>: a titolo esemplificativo possono citarsi l'effetto inibitore che le norme incriminatrici della diffamazione o di reati fiscali possono rispettivamente determinare, laddove costruite in maniera troppo ampia o indeterminata, sulla libertà di espressione e su quella di iniziativa economica<sup>130</sup>.

Ora è indubbio che, proprio in ragione dell'estrema latitudine delle condotte incriminate, accompagnata all'assenza di una scriminante umanitaria applicabile al favoreggiamento di *ingressi* irregolari, l'art. 12 t.u. imm. sia in grado di inibire lo svolgimento di attività funzionali alla tutela dei diritti fondamentali di cui gli stranieri sono titolari a prescindere dal loro status regolare o irregolare: così, il diritto alla vita ed all'integrità fisica (artt. 2 e 3 Carta dei diritti fondamentali UE, artt. 2 e 3 Cedu) risultano minacciati dalla progressiva contrazione delle attività di soccorso<sup>131</sup>; il diritto di richiedere asilo (art. 10 Cost., art. 18 Carta dei diritti fondamentali UE) risulta depotenziato dalla repressione delle attività di assistenza ai rifugiati<sup>132</sup>; il diritto alla vita privata e familiare (art. 29 Cost., art. 7 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 8 Cedu) risulta inciso dalla criminalizzazione dei parenti che agiscono con il solo obiettivo del ricongiungimento con i propri cari.

L'illegittimità dell'art. 12 t.u. imm., *sub specie* di sproporzione dello spettro applicativo della fattispecie rispetto allo scopo perseguito, deriva dal sistematico sacrificio imposto a diritti fondamentali di rango così elevato, a fronte della tutela di un interesse – certamente anch'esso dotato di una copertura costituzionale, ma – avente carattere meramente strumentale<sup>133</sup> quale l'integrità dei confini territoriali<sup>134</sup>. Si tratta di un ragionamento sovrapponibile, *mutatis mutandis*, a quello seguito dalla Corte Suprema canadese nel descritto caso *Appulonappa* (v. *supra*, par. n. 5): il vizio della disciplina discende infatti dal suo imporre sacrifici irragionevoli rispetto agli obiettivi perseguiti; allo stesso tempo, l'esigenza di evitare lacune di tutela non costituisce, da sola, una ragionevole giustificazione per comprimere i diritti fondamentali in gioco.

È chiaro peraltro che tali censure possono essere estese, come già accennato, allo stesso *Facilitators package*. Invero, la previsione congiunta dell'obbligo di incriminare le condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *anche in assenza di scopo di lucro*, nonché della mera *facoltà* (anziché dell'obbligo) di introdurre una "esimente umanitaria", appaiono affette dallo stesso vizio di sproporzione, in termini di sistematico sacrificio di diritti fondamentali, appena evidenziato con riguardo all'art. 12 t.u. imm.<sup>135</sup>. Il parametro di legittimità rilevante – se

<sup>127</sup> Sul punto v. ancora le lucide considerazioni di RECCHIA (2020), p. 257: «interesse di ogni soggetto è non solo non incorrere in sanzioni, ma soprattutto – prima e più in alto – evitare che il riconoscimento della liceità della condotta tenuta avvenga al prezzo di una gravosa "sofferenza processuale" o richieda elevati costi, economici e personali, con tutto il carico di conseguenze negative sulla propria attività professionale che anche la mera sottoposizione a procedimento, come noto, implica».

<sup>128</sup> RECCHIA (2020), pp. 253-256.

<sup>129</sup> V. ancora RECCHIA (2020), pp. 264 ss., per l'analisi di una ricca casistica.

<sup>130</sup> È significativo osservare, a tale proposito, come di recente la stessa Corte Costituzionale abbia espressamente richiamato l'espressione "chilling effect" nell'ordinanza n. 132 del 2020, che ha sospeso per un anno la trattazione delle questioni sollevate con riferimento al delitto di diffamazione a mezzo stampa, al fine di consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali in materia.

<sup>131</sup> Alla stessa conclusione perviene anche RECCHIA (2020), p. 300-303, proprio in sede di analisi critica del *chilling effect* riconducibile all'art. 12 comma 1 t.u. imm. V. anche le Raccomandazioni del Commissario per i diritti umani (*Vite salvate. Diritti protetti*, cit., pp. 38-40) dove vengono posti in relazione i procedimenti nei confronti delle ONG ed il vuoto di tutela che si viene periodicamente a creare nel Mediterraneo. I documentati episodi di omesso soccorso in mare sono purtroppo numerosi: cfr., di recente, European Council on Refugees and Exiles: "65 Lives at Risk, Inaction Continues, Evidence Culminates, NGOs Blocked", 17 luglio 2020 (in [www.ecre.org/news/news](http://www.ecre.org/news/news)).

<sup>132</sup> Come la dottrina internazionalista ha sottolineato a più riprese, il richiedente asilo non ha di regola un visto d'ingresso in tasca, e dunque ha spesso bisogno di aiuto per attraversare, anche illegalmente, le frontiere che lo separano dalla salvezza: sul punto, v. il fondamentale saggio di HATHAWAY (2008), p. 6; nonché, più di recente, il contributo di ZHANG, SANCHEZ, ACHILLI (2018), che inaugura un volume degli *Annals of the American Academy of Political and Social Science* interamente dedicato a saggi (frutto di ricerche empiriche) dai quali emerge il ruolo sociale e umanitario spesso svolto dagli *smugglers* nei Paesi di provenienza e di transito, una vera e propria contro-narrazione rispetto alle cronache contemporanee esclusivamente polarizzate sui network criminali internazionali responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. Emblematico, in questa prospettiva, il caso storico (riportato da LANDRY (2016), p. 16) dei pescatori danesi che durante il secondo conflitto mondiale aiutarono numerosi ebrei a raggiungere la Svezia (peraltro dietro pagamento di ragionevoli somme di denaro, a copertura dei costi delle giornate di lavoro perdute).

<sup>133</sup> Come espressamente riconosciuto da C. Cost. n. 250 del 2010 (n. 6.3. del considerato in diritto), relativa al "reato di clandestinità" di cui all'art. 10-bis t.u. imm.

<sup>134</sup> Cfr., ancorché dall'angolo visuale del diritto amministrativo dell'immigrazione, SAVINO (2015), 63, che evidenzia la tendenziale sproporzione caratterizzante i rapporti tra poteri pubblici e "non cittadini", nell'ambito dell'approccio "difensivo" o "nazionalista" adottato dagli Stati membri in materia di immigrazione.

<sup>135</sup> Oltre che parametro di legittimità dell'operato degli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione, la Carta costituisce, in quanto

vediamo correttamente – è qui rappresentato non tanto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE (che come già ricordato racchiude il principio di proporzionalità *delle pene*) bensì dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta, che eleva il principio di proporzionalità a parametro di legittimità dell'esercizio della discrezionalità del legislatore europeo sotto il profilo della compressione dei diritti fondamentali<sup>136</sup>.

Né potrebbe ritenersi che tali censure siano superabili alla luce delle recenti osservazioni svolte dalla Commissione europea con riguardo alle ragioni sottese alla mancata inclusione dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi dell'illecito. Secondo Bruxelles, aggiungendo l'elemento del profitto si finirebbe per nuocere all'efficacia delle indagini, essendo spesso impossibile tracciare i flussi di denaro tra gli stranieri ed i trafficanti: l'argomento, tuttavia, è doppiamente fallace, in quanto per un verso la dimostrazione del dolo specifico non richiede necessariamente l'individuazione del flusso di denaro (ben potendo, l'intento, essere dimostrato *aliunde*); per altro verso, la conduzione di indagini *money focused*, cioè incentrate proprio sulla ricerca dei flussi di denaro, è stata autorevolmente indicata come una delle tecniche più efficaci per colpire le più importanti organizzazioni dedite al traffico di esseri umani<sup>137</sup>. Senza contare che la Commissione non affronta il tema, inscindibilmente connesso, dalla mancata previsione dell'*obbligo* di introdurre una scriminante umanitaria sufficientemente estesa.

La verità è che, per come attualmente formulato, il *Facilitators package* ricomprende nel proprio spettro applicativo anche condotte che, in quanto prive di scopo di lucro e animate da finalità umanitarie, da un lato non hanno evidentemente nulla a che vedere con la repressione dello *smuggling of migrants*, e dall'altro sacrificano il nucleo di diritti fondamentali di rango particolarmente elevato in nome di un interesse meramente strumentale come la riduzione dell'immigrazione irregolare.

## 7.

### Un problema di c.d. “doppia pregiudizialità”.

L'incompatibilità del *Facilitators package* con la Carta dei diritti fondamentali UE (evidenziata nel precedente paragrafo) comporta, inevitabilmente, che gli stessi vizi si trasmettano alla normativa interna che del pacchetto costituisce attuazione, ossia l'art. 12 t.u. imm. Quest'ultimo, pertanto, risulta oggi contemporaneamente conforme al diritto derivato UE (direttiva 2002/90/CE e decisione quadro 2002/946/GAI) e indiziato di illegittimità *sia ai sensi della Carta sia* (come pure già visto) *ai sensi della Costituzione*. Si tratta, allora, di interrogarsi su quale sia la sede giurisdizionale superiore alla quale il giudice italiano dovrebbe rivolgersi a fronte di tale (sospetto) doppio contrasto.

Il tema della “doppia pregiudizialità” rappresenta, come è noto, uno dei rompicapo sui quali la dottrina e la Corte Costituzionale si stanno attualmente cimentando<sup>138</sup>. Non essendo certamente questa la sede per entrare nel vivo della discussione, ci si limiterà a ricordarne gli snodi essenziali, con lo specifico proposito di indicare una strada percorribile rispetto alla questione che qui ci occupa.

Come è noto, con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte Costituzionale aveva ritenuto che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale» (n. 5.2. del considerato in diritto). Tale orientamento aveva dunque introdotto un'eccezione alla regola, fino a quel momento indiscussa, secondo cui, in caso di sospetto doppio contrasto con il diritto UE e la Costituzione, il giudice nazionale doveva prima di tutto sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, procedendo poi

---

dotata dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1 TUE), parametro di valutazione della legittimità degli atti di diritto derivato dell'Unione.

<sup>136</sup> Si riporta il testo della disposizione: “Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

<sup>137</sup> Cfr. il documento del United Nation Office on Drugs and Crime “*The Concept of ‘Financial or Other Material Benefit’*” (2017): «*Smuggling of migrants has become a very profitable business generating significant proceeds that can be disrupted by “following the money”, as for other forms of organized crime. [...] Migration-focused measures risk not fully addressing the challenges presented by migrant smuggling as a form of serious organized crime, to the potential benefit of criminals and to the detriment of migrants*» (p. iii).

<sup>138</sup> Per un inquadramento aggiornato, v. per tutti TEGA (2020), pp. 184 ss.

egli stesso alla eventuale disapplicazione della norma illegittima sulla scorta delle indicazioni provenienti da Lussemburgo<sup>139</sup>. Alla base del *revirement* del 2017 vi era l'obiettivo di riaccentrare il sindacato di legittimità costituzionale sulle disposizioni indiziate di illegittimità per contrasto con i diritti fondamentali, così garantendo l'efficacia *erga omnes* della loro rimozione dall'ordinamento.

Senonché, la regola della necessaria precedenza alla Corte Costituzionale è sfumata in una serie di successive pronunce del 2019 e del 2020<sup>140</sup>, dalle quali è emerso – in sintesi – che il giudice comune è libero di decidere se sollevare prima la questione pregiudiziale o prima l'incidente di costituzionalità, la prospettiva essendo quella di un *arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*; fermo restando che, «*laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri*» (sent. n. 63 del 2019, n. 4.3. del Considerato in diritto; n. 112 del 2019, n. 7 del considerato in diritto)<sup>141</sup>.

Proprio quest'ultimo principio ci pare dirimente per affrontare la questione qui in esame. I molteplici profili di frizione tra l'art. 12 t.u. imm. e la Costituzione suggeriscono infatti, quale strada preferibilmente percorribile in prima battuta, l'incidente di costituzionalità. Sarà poi la stessa Consulta a valutare se, anche al fine di evitare che lo Stato italiano incorra nell'inadempimento dei permanenti obblighi di incriminazione europei, sia necessario esperire un previo rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia. In tale eventualità, la questione da rivolgere a Lussemburgo, alla luce di quanto rilevato in precedenza, potrebbe essere così formulata: «se la Carta dei diritti fondamentali, e segnatamente il principio di proporzionalità (art. 52 par. 1 CDF), letto congiuntamente ai diritti alla vita (art. 2 CDF), all'integrità fisica (art. 3 CDF), a richiedere asilo (art. 18 CDF), alla vita privata e familiare (art. 7 CDF), ostano ad una direttiva e ad una decisione quadro che impongono agli Stati Membri l'obbligo di prevedere sanzioni di natura penale a carico di chiunque intenzionalmente favorisca (o tenti di favorire) l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, *anche laddove tale condotta sia priva di scopo di lucro, ed al contempo prevedano la mera facoltà (anziché l'obbligo) per gli Stati Membri di escludere la punibilità per le condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare aventi lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata*».

## 8.

### Conclusioni.

Come già accennato in apertura del presente lavoro, le prospettive di una riforma a livello europeo del *Facilitators package*, che possa essere seguita da coerenti riforme delle norme incriminatrici del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare a livello nazionale, sono al momento poco concrete. Sebbene i *contenuti* di una tale riforma siano stati da tempo illustrati dalla dottrina e dai *reports* commissionati dalle stesse istituzioni UE<sup>142</sup>, è evidentemente la *volontà politica* di darvi concreta attuazione ad essere finora mancata. Invero, è ormai chiaro a tutti che basterebbe estendere il dolo specifico di ingiusto profitto anche alla fattispecie base di favoreggiamento degli ingressi irregolari, e/o prevedere l'obbligo (anziché la mera facoltà) a carico degli Stati membri di introdurre efficaci scriminanti umanitarie, per risolvere con pochi tratti di penna un problema epocale come quello della c.d. criminalizzazione della solidarietà: *non c'è traffico (di migranti) senza finalità di ingiusto profitto (da parte degli smugglers)*; questo potrebbe essere lo "slogan" di una quanto mai auspicabile riforma finalizzata a sottrarre le condotte umanitarie dallo spettro della sanzione (e prima ancora del procedimento) penale.

Ad oggi, tuttavia, il compromesso sul quale pare essersi assestata la posizione di Bruxelles è rappresentato da due comunicazioni contestualmente emanate dalla Commissione il 23

<sup>139</sup> Si tratta della posizione espressa dalla celebre sentenza *Granital*, C. Cost. n. 170 del 1984.

<sup>140</sup> C. Cost. nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019. Osserva condivisibilmente MARTINICO (2019), p. 706, come il nuovo corso avviato dalla Consulta abbia determinato un «*rasserenamento*» del clima che si era venuto a creare a seguito della sent. n. 269 del 2017; nello stesso senso TEGA (2020), p. 238: «*La preoccupazione era legittima, ma eccessiva: e questo è ormai chiarito*». L'orientamento risulta confermato anche dalle successive pronunce nn. 11 e 44 del 2020, sulle quali v. TEGA (2020), pp. 246 ss.

<sup>141</sup> Si tratta di sviluppi accolti positivamente dalla dottrina costituzionalista, che pur non trascura di evidenziare il difficile compito dinanzi al quale si trova il giudice comune chiamato a compiere la scelta sul rimedio da esperire per primo, senza avere a disposizione univoci criteri per orientarsi: cfr. CATALANO (2019), p. 5 ss.; LEONE (2019), p. 655 ss.; COSENTINO (2020); TEGA (2020), pp. 243 ss.

<sup>142</sup> V. *supra*, nota n. 19 e testo corrispondente.

settembre 2020: l'una raccomanda agli Stati membri di dotarsi di efficaci scriminanti umanitarie, esercitando la facoltà concessa dal *Facilitators package*<sup>143</sup>; l'altra rende nota l'esistenza di una "riflessione in corso" su non meglio precisate modifiche volte a "modernizzare" il *Facilitators package*<sup>144</sup>. Considerato che analoghi propositi di bilanciamento tra sicurezza e solidarietà comparivano già in un documento del 2015<sup>145</sup>, e che da allora non si sono mai tradotti nemmeno in *proposte* di riforma, è difficile illudersi che nel breve termine verranno compiuti passi in tal senso, considerato il contesto politico europeo dove il dibattito sull'immigrazione risulta fortemente condizionato da spinte populiste e securitarie.

In questo scenario, la strada giurisdizionale appare quella dotata di maggiori *chances* di ottenere quanto meno la correzione delle più macroscopiche storture riscontrabili nella legislazione vigente. Si tratta, analogamente a quanto già avvenuto in passato proprio in materia di immigrazione e diritto penale (si pensi al noto caso *El Dridi*), di attivare i rimedi che consentono di ricondurre l'esercizio della discrezionalità legislativa nei binari della ragionevolezza e del rispetto dei diritti fondamentali<sup>146</sup>. Come si pensa di avere dimostrato, infatti, i vizi che affliggono l'art. 12 t.u. imm., e a monte le stesse fonti di diritto europeo che ne costituiscono la "matrice", sono tali da poter essere giustiziati rispettivamente dinanzi alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia UE, senza invadere il campo dell'insindacabile "merito" legislativo.

Non si tratta di indebolire gli strumenti di contrasto all'immigrazione irregolare; si tratta, piuttosto, di adeguare gli strumenti di contrasto allo *smuggling of migrants* allo scopo che sono chiamati a perseguire, sulla falsariga dell'approccio seguito dalla Corte Suprema canadese (v. *supra*, par. nn. 5 e 6), rendendoli al contempo più efficaci ed aderenti al principio dell'*extrema ratio*: posto infatti che il traffico di migranti altro non è che il mercato nero dell'immigrazione irregolare, è verso la *compravendita* di quei servizi illeciti che occorre concentrare gli sforzi preventivi e repressivi; riformulando, a monte, le norme sulle quali tali sforzi devono necessariamente basarsi. L'inerzia dei legislatori in materia ha generato un duplice effetto collaterale, sotto gli occhi di tutti, per cui da un lato nelle maglie della repressione penale sono rimasti impigliati anche coloro che agiscono per un obiettivo quanto mai lontano da un ritorno economico; e dall'altro lato i diritti fondamentali dello straniero sono messi a repentaglio dal progressivo sgretolamento dei baluardi di tutela offerti dalla società civile. I tempi sono dunque maturi, come ci pare di avere dimostrato in questo scritto, per affiancare alla riflessione sulle imprescindibili riforme della legislazione anti-*smuggling*, anche quella sugli strumenti giurisdizionali che consentano al più presto di allineare le norme vigenti ai canoni fissati dalla Carta Costituzionale e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

---

## Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco (2008): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II (Quindicesima edizione aggiornata e integrata a cura di C.F. Grosso), Giuffrè

BARBERINI, Roberta (2017): "Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare", *Questione giustizia*, 18 settembre

BARTOLI, Roberto (2019): "La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato 'intrinseco' sul quantum di pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 967-983

<sup>143</sup> Comunicazione del 23 settembre 2020, C(2020) 6470, "Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence", pp. 6-7.

<sup>144</sup> Nella Comunicazione del 23 settembre 2020, COM(2020) 609, "On a New Pact on Migration and Asylum", la Commissione ha evidenziato che è in corso "una riflessione" per la modernizzazione del *Facilitators package* («Reflection is ongoing on how to modernise these rules», p. 16).

<sup>145</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione del 27 maggio 2015, "EU Action Plan against migrant smuggling (2015-2020)", COM(2015) 285, nella quale si affermava a chiare lettere quanto segue: «The Commission will make, in 2016, proposals to improve the existing EU legal framework to tackle migrant smuggling, which defines the offence of facilitation of unauthorized entry and residence, and strengthen the penal framework. It will seek to ensure that appropriate criminal sanctions are in place while avoiding risks of criminalisation of those who provide humanitarian assistance to migrants in distress» (p. 3).

<sup>146</sup> Osserva come il "rights-based approach" in materia di sicurezza e immigrazione penetri nelle discipline nazionali «principalmente grazie al contributo delle corti», SAVINO (2015), p. 64.

- BARTOLI, Roberto (2018): “Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di incriminazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1540-1576
- BASARAN, Tugba (2014): “Saving Lives at Sea: Security, Law and Adverse Effects”, *European Journal of Migration and Law*, n. 16, pp. 365-387
- BASILE, Fabio (2019): “Favoreggiamento aggravato dell’immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta”, *Diritto penale e processo*, pp. 484-492
- BERNARDI, Silvia (2018): “[I \(possibili\) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 134-144
- BEVILACQUA, Giorgia (2019): “Italy Versus NGOs: the Controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the Context of Migration at Sea”, *Italian Yearbook of International Law*, XXVIII, pp. 11-27
- CADOPPI, Alberto (2019): “La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?”, *Diritto penale e processo*, pp. 1653-1665
- CANCELLARO, Francesca (2020): “[Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?](#)”, *Sistema penale*, 28 settembre
- CAPUTO, Angelo (2012): “I reati in materia di immigrazione”, in F. Palazzo, C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. IX. *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (a cura di A. Caputo, G. Fidelbo), Giappichelli
- CARRERA, Sergio, CORTINOVIS, Roberto (2019): *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, n. 2019-10, giugno
- CARRERA, Sergio, GUILD, Elspeth, ALIVERTI, Ana, ALLSOPP, Jennifer, MANIERI, Maria Grazia, LEVOY, Michele (2016): *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Study Commissioned by the European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs at the Request of the LIBE Committee
- CARRERA, Sergio, MITSILEGAS, Valsamis, ALLSOPP, Jennifer, VOSYLIŪTĖ, Lina (2019): *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society* (Hart Publishing)
- CARRERA, Sergio, VOSYLIŪTĖ, Lina, SMIALOWSKI, Stephanie, ALLSOPP, Jennifer, SANCHEZ, Gabriella (2018): *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: 2018 Update*, Study Requested by the PETI committee, European Parliament
- CARTABIA, Marta (2020): “L’attività della Corte Costituzionale nel 2019”, *Cortecostituzionale.it*, 28 aprile
- CARTABIA, Marta (2016): “Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Einaudi), pp. 463-475
- CHASSANG, Céline (2019): “La fin du délit de solidarité à la française?”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 169-189
- CONSULICH, Federico (2019): “La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1231-1244
- CONSULICH, Federico (2018): *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli

- COTTU, Enrico (2017): “Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?”, *Diritto penale e processo*, pp. 473-481
- CURI, Francesca (2020): “Il diritto penale special del Testo Unico Immigrazione”, in F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, *I migrant sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici* (Giappichelli), pp. 99-168
- CUSUMANO, Eugenio, VILLA, Matteo (2019): “Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?”, European University Institute, Policy Brief n. 22
- D’AMICO, Marilisa (2016): “Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale”, *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, pp. 1-27
- DE SENA, Pasquale, STARITA, Massimo (2019): “Navigare fra istanze ‘stato-centriche’ e ‘cosmopolitiche’: il caso ‘Sea-Watch’ in una prospettiva conflittuale”, *SIDI Blog*, 14 luglio
- DE VITTOR, Francesca (2018): “Soccorso in mare e favoreggiamento dell’immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms”, *Diritti umani e diritto internazionale*, pp. 443-452
- DE VITTOR, Francesca, STARITA, Massimo (2019): “Distributing Responsibility between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters”, *Italian Yearbook of International Law*, XXVIII, pp. 77-95
- DI LELLO FINUOLI, Marina (2017): “La pena dell’alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 1431-1438
- DODARO, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Giuffrè)
- DOLCINI, Emilio (2016): “Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1956-1964
- DONINI, Massimo (2003): “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 141-183
- ESCOBAR VEAS, Javier (2018): “[Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 111-120
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo (2012): *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I (Zanichelli)
- GALLAGHER, Anne T., DAVID, Fiona (2014): *The International Law of Migrant Smuggling* (Cambridge University Press)
- GALLUCCIO, Alessandra (2018): “La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta”, *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre
- GATTA, Gian Luigi (2020): “*Global Trends in Crimmigration Policies: from the EU to the USA*”, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* (Hart Publishing, in corso di pubblicazione), pp. 47-79
- GATTA, Gian Luigi (2018): “La pena nell’era della ‘Crimmigration’: tra Europa e Stati Uniti”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 675-724
- GUILD, Elspeth, MINDERHOUD, Paul (a cura di) (2006): *Immigration and Criminal Law in the European Union. The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings* (Martinus Nijhoff Publishing)

GENNARI, Lucia, CECCHINI, Cristina Laura, CRESCINI, Giulia (2020): “Esternalizzazione delle frontiere gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali”, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di): *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia* (Franco Angeli), pp. 133-163

GRADONI, Lorenzo, PASQUET, Luca (2019): “Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3”, *SIDI Blog*, 6 luglio

HATHAWAY, James C. (2008): “The Human Rights Quagmire of ‘Human Trafficking’”, *Virginia Journal of International Law*, n. 49, pp. 1-59

INSOLERA, Pietro (2017): “Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?”, *Indice penale*, pp. 176-209

LEO, Guglielmo (2017): “Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità”, *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre, pp. 1-14

LEONE, Stefania (2019): “La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»”, *Quaderni costituzionali*, pp. 183-185

MANES, Vittorio (2016): “Proporzione senza geometrie”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2105-2115

MANES, Vittorio (2007): “Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 739-789

MANES, Vittorio, NAPOLEONI, Valerio (2019): *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale* (Giappichelli)

MARTINICO, Giuseppe (2019): “Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo”, *Diritto e società*, pp. 691-733

MASERA, Luca (2019): “La crimmigration nel decreto Salvini”, *La Legislazione penale*, 24 luglio

MASERA, Luca (2019): “La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico”, *Federalismi*, n. spec. 2, pp. 18-43

MASERA, Luca (2018): “L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?”, *Questione giustizia*, n. 2, pp. 225-238

MELOSSI, Dario (2020): “The Connections between Migration, Crime and Punishment. Historical and Sociological Questions”, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* (Hart, in corso di pubblicazione), pp. 81-100

MELOSSI, Dario (2015): *Crime, Punishment and Migration* (Sage)

MENTASTI, Giulia (2020): “[Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura \(art. 613 bis c.p.\). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori](#)”, *Sistema penale*, 2 ottobre

MILITELLO, Vincenzo, SPENA, Alessandro (a cura di) (2015a): *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione* (Giappichelli)

MILITELLO, Vincenzo, SPENA, Alessandro (2015b): “Introduzione. ‘La cruna dell’ago’: il migrante fra mobilità e controllo”, in Id. (a cura di): *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione* (Giappichelli), pp. 1-11

MINETTI, Marta (2020): “The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy”, *New Journal of European Criminal Law*, pp. 1-16

MITSOLEGAS, Valsamis (2020): “The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the Preventive Paradigm”, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* (Hart Publishing, in corso di pubblicazione), pp. 25-45

MITSOLEGAS, Valsamis (2019): “The Normative Foundations of the Criminalization of Human Smuggling: Exploring the Fault Lines between European and International Law”, *New Journal of European Criminal Law*, n. 10, pp. 68-85

MITSOLEGAS, Valsamis (2015): *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law* (Springer)

MOFFETTE, David, AKSIN, Nevena (2018): “Fighting Human Smuggling or Criminalising Refugees – Regimes of Justification in and around R v. Appulonappa”, *Canadian Journal of Law and Society*, n. 33, pp. 21-40

NATALE, Andrea (2019): “Quando la legalità costituzionale non può (più) attendere...”, *Questione giustizia*, 11 marzo

ORLANDO, Salvatore (2018): “[Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 145-158

PAPANICOLOPULU, Irini (2019): “Le operazioni di Search and Rescue: problemi e lacune del diritto internazionale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, pp. 507-520.

PAPANICOLOPULU, Irini (2018): *International Law and the Protection of People at Sea* (Oxford)

PAPANICOLOPULU, Irini (2017): “Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 1-29

PATARNELLO, Marco (2018): “Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato”, *Questione giustizia*, 16 marzo

PAVARINI, Massimo (2006): “Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città”, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I (Giuffrè), pp. 1019-1050

PALAZZO, Francesco (1998): “Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 350-384

PELISSERO, Marco (2015): “Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima”, in V. Militello, A. Spena (a cura di): *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione* (Giappichelli), pp. 105-118

PERELLI, Simone (2018): “Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?”, *Questione giustizia*, 31 marzo

PUGIOTTO, Andrea (2019): “Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 785-810

PISA, Paolo (2019): “Pene accessorie di durata fissa e ruolo ‘riformatore’ della Corte costituzionale”, *Diritto penale e processo*, pp. 216-219

PITEA, Cesare, ZIRULIA, Stefano (2019): “Friends not foes. Qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta”, *SIDI Blog*, 26 luglio

PULITANÒ, Domenico (2017): “[La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 48-60

PULITANÒ, Domenico (2012): *Ragionevolezza e diritto penale* (Editoriale Scientifica), 2012

- RECCHIA, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali* (Giappichelli)
- RISICATO, Lucia (2019): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* (Giappichelli)
- ROSSI, Stefania (2020): *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* (Editoriale Scientifica)
- RUGGIERO, Carol (2020): “Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, pp. 185-214
- SAVINO, Mario (2015): “Immigrazione e sicurezza: due paradigmi”, in MILITELLO, Vincenzo, SPENA, Alessandro (a cura di): *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione* (Giappichelli), pp. 60-68
- SBRACCIA, Alvisè (2020): “Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico”, in F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, F. Valentini, *I migrant sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici* (Giappichelli), pp. 3-45
- SCOVAZZI, Tullio, PAPANICOLOPULU, Irini, ANTONUCCI, Amedeo (a cura di) (2016): *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, Giappichelli
- SOTIS, Carlo (2012): “[I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 111-122
- SPENA, Alessandro (2019a): “Smuggling umanitario e scriminanti”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1859-1907
- SPENA, Alessandro (2019b): “L’incriminazione dello *smuggling of migrants* in Europa: una ricognizione comparatistica”, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiarcina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco* (Giappichelli), pp. 141-163.
- STEINHILPER, Elias, GRUIJTERS, Rob (2017): “Border Deaths in the Mediterranean: What We Can Learn from the Latest Data”, *Border Criminologies*, 8 marzo
- STORTONI, Luigi (1981): *Agevolazione e concorso di persone nel reato* (CEDAM)
- TEGA, Diletta (2020): *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia* (Bononia University Press)
- TRAPASSO, Maria Teresa (2017): “Il richiamo giurisprudenziale all’‘autoria mediata’ in materia di favoreggiamento all’immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità”, *Archivio penale*, pp. 583-602
- TREVISANUT, Seline (2012): *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell’Unione europea* (Jovene)
- TURRINI, Paolo (2019): “Between a ‘Go Back’ and a Hard (to Find) Place of Safety: on the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea”, *Italian Yearbook of International Law*, XXVIII, pp. 29-46
- VIGANÒ, Francesco (2017): “[Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, pp. 61-66
- VIGANÒ, Francesco (2010a): “Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, pp. 13-36
- VIGANÒ, Francesco (2010b): “Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3017-3030

VIGANÒ, Francesco (2000): *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti* (Giuffrè)

VOSYLIŪTĖ, Lina, CONTE, Carmine (2019): *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants* (ReSOMA Report)

ZHANG, Sheldon X., SANCHEZ, Gabriella, ACHILLI, Luigi (2018): “Crimes of Solidarity in Mobility: Alternative Views on Migrant Smuggling”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n. 676, pp. 6-15

ZIRULIA, Stefano (2020a): “Is That a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders”, in G.L. Gatta G.L., V. Mitsilegas, S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* (Hart Publishing, in corso di pubblicazione), pp. 235-265

ZIRULIA, Stefano (2020b): “Art. 12 Testo Unico Immigrazione”, G.L. Gatta, E. Dolcini (diretto da), *Codice penale commentato*, V ed. (Wolters Kluwer, in corso di pubblicazione)

ZIRULIA, Stefano (2020c): “[La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull’illegittimità dell’arresto di Carola Rackete](#)”, *Sistema penale*, 24 febbraio.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>